

الْمُلْكَاتُ

٦٠٦ وَ ٦٠٧ وَ ٦٠٨

فِي شَرْحِ الرَّوْضَةِ وَالرَّافِعِي

تَصْنِيف

الشَّيْخُ الْإِمامُ الْعَلَامَةُ

جَمَالُ الدِّينِ عَبْدُ الرَّحْمَنِ السُّوَيْدِيِّ

رَحِمَهُ اللَّهُ

ت ٧٧٢ و

اعْتَقَدَ

أَبُو فَضْلِ الدَّمَيَاطِيِّ

أَحْمَدُ بْنُ عَلَى

عَنْ اللَّهِ عَنْهُ

الْجِمْعُ التِّاسِعُ

دَارُ ابْنِ حَذْمٍ

بِرَكَاتِ اللَّهِ رَبِّ الْفَلَقِ فِي الْمَغْرِبِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

المِهْمَانُ

فِي شِرْحِ الرَّوْضَةِ وَالرَّافِعِيَّ

جَمِيعُ الْحَقُوقِ مَحْفُوظَةٌ

الطبعة الأولى

١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م



ISBN 978-9953-81-740-8

**الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها**

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس

هاتف: 022 - 442931 / فاكس: 022 - 442935

المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - ص.ب: 14 / 6366

هاتف وفاكس: 300227 - 701974 (009611)

بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

كتاب الصيد والذبائح

والنظر في طرفين : الأول : فيما يفيد الحل وهي أركان الذبح وما يقوم مقامه وهو العقر .

قوله : وجواز المناكحة وحل الذبيحة يجريان مجرى واحدا لا يفترقان إلا أن الأمة [الكتابية]^(١) تحل ذبيحتها ولا تحل مناكحتها . انتهى .

واعلم أن أزواج النبي ﷺ ورضي الله عنهم لا تحل مناكحتهن وتحل ذبيحتهن فلا بد من إخراجهن أيضاً فينبغي أن يقول في الضابط : من لا يحل مناكحته لنقصه .

قوله : وفي المولد بين الكتابي والجوسية قوله .

القولين في مناكحته ثم قال : وحکى الإمام تفريعاً على إلحاقي هذا المولد بالوثني وجهين فيما إذا بلغ ودان بدين أهل الكتاب .

والأصح المنع . انتهى .

وهذه المسألة قد تقدم الكلام عليها في كتاب النكاح .

قوله : ففي ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يميز قوله .

أجاب الشيخ أبو حامد والشيخ أبو إسحاق بالحل ؛ لأن لهم قصداً وإرادة في الجملة .

وأظهرهما : عند الإمام وصاحب « الكتاب » وجماعة : التحرير لأن قصودهم فاسدة . انتهى ملخصاً .

والصحيح هو الحل كذا صححه الرافعي في « المحرر » وعبر بالأظهر ،

(١) سقط من أ .

وكذلك النووي في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » .

نعم كلام الرافعي هنا يؤخذ منه رجحان التحرير لأن القائلين فيه بالتحرير أكثر عدداً من القائلين بالحل وكلام « الشرح الصغير » في ذلك أظهر فإنه اقتصر على ذكر المصححين للتحرير ولم ينقل تصحيح الجواز عن أحد .

قوله : وفي اصطياد الأعمى بالرمي أو الكلب وجهاز والأشباه أن الخلاف مخصوص بما إذا دلّه بصير على صيد وفيه صور صاحب « التهذيب » وقال : إن المذهب المنع وكذلك صور الموفق ابن طاهر لكنه أجاب بالحل .
وفي « البحر » طريقة قاطعة بالمنع . انتهى مختصاً .
فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره الرافعي بحثاً في تخصيص الخلاف قد صرّح بنحوه الإمام وقال : عندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا أدرك حس الصيد وبني إرساله عليه ، وتعبيره وتعبير الرافعي قاصران عن المعنى والصواب التعبير بعبارة تعمهما .

الأمر الثاني : أن الصحيح ما قاله البغوي كذا جزم به في « الشامل » وصحّحه الرافعي في « الشرح الصغير » ، فقال : وأظهرهما المنع ، وقطع به بعضهم ، وكذلك في « المحرر » فقال : إنه أشبه الوجهين .
وصحّحه أيضاً النووي في « شرح المذهب » و « الروضة » وعلى كلام الروضه هنا انتقادان :

أحدهما : أنه لم يُتبَّه على أن التصحيح من « زوائده » بل أدخله في كلام الرافعي .

الثاني : أنه حكى طريقة قاطعة بالحل أيضاً ، وهذه الطريقة لم يذكرها

الرافعي وكأنه توهם من قول الرافعي أن ابن طاهر أجاب به أنها طريقة قاطعة ، وهو غلط فاحش إذ كل قائل بوجه مجيب به وكثيراً ما يقول الرافعي في المسألة وجهان :

أحدهما : وبه أجاب فلان . . . إلى آخر ما يقول ، ولا يحكيها النووي إلا وجهين فإن كان ذلك يدل على طريقين فيكون قد أسقط طرفة لا حصر لها .

قوله : ويكره ذبح السمك ولكن لو كان كبيراً يطول بقاوئه فالستحب ذبحه إراحة له أو تركه حتى يموت حتف أنه ؟
فيه وجهان منقولان عن «الحاوي» والأول هو جواب الشيخ أبي حامد .
انتهى .

والراجح الاستحباب كذا صححه النووي في «شرح المذهب» و«الروضة» ولم يُبنَّه في «الروضة» على أنه من «زوائد» بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

قوله : في أصل «الروضة» ولو ابتلع سمكة حية أو قطع فلقة لم يحرم على الأصح لكن يكره . انتهى .
فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي لم يحك الخلاف في الفلقة في إباحة فعله بل في إباحة أكله ، والتجهيز تحريره ولفظ الرافعي يشعر به فإنه قال : ولا ينبغي أن يقطع فلقة من السمكة وهي حية لما فيه من التعذيب ولو فعل ففي حَدِّها وجهان :

أحدهما : المنع ويفسر عن ابن أبي هريرة كما لو قطع عضواً من غيرها .

واحتاج له بقوله عليه الصلاة والسلام : «ما أبین من حی فهو میت»^(١) ، وأصحهما : الحل لأن المبان کالمیت ومتة هذا الحیوان حلال . هذا کلامه .
الأمر الثاني : أن الرافعی لم يصرح هذا بالکراهة أصلًا لا في المسألة [الأولى]^(٢) ولا في الثانية فاعلمه .

قال النووي من « زوائدہ » : إن هذا الخلاف طردوه في الجراد ، قال : ولو قلي السمك قبل موته في الزيت المغلي ، قال الشيخ أبو حامد : لا يحل له فعله لأن تتعذيب وهذا تفريع على اختياره في ابتلاع السمكة حية أنه حرام وعلى إباحة ذلك يباح هذا . انتهى کلام النووي ، وهو مشكل ولا يلزم من جواز الابتلاع جواز القلي .

قوله : في أصل « الروضة » : ولو ركب عظم على سهم وجعل نصلأً فقتل به صيد فلا يحل على المشهور . انتهى .

واعلم أن هذا الخلاف ليس خاصاً بما إذا قتل به صيداً كما يوهمه کلام «الروضة» والرافعی ، فإن الرافعی نقل الحل عن حکایة الماوردي عن نص الشافعی .

والماوردي قد نقل هذا النص في جواز الذبح بالعظم ثم اختاره على خلاف ما ذهب إليه الجمهور وعلله بأنه ليس من السن ولا من الظفر .

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨) والترمذی (١٤٨٠) وأحمد (٢١٩٥٣) والحاکم (٧١٥٠) والدارقطنی (٤ / ٢٩٢) والطبرانی في « الكبير » (١٢٧٧) وفي « الأوسط » (٣٠٩٩) وأبو يعلى (١٤٥٠) والبيهقی في « الكبرى » (٧٨) وابن الجعده (٢٩٥٢) وابن الجارود في « المتنقی » (٣٧٦) من حديث أبي واقد رضي الله عنه .

قال الترمذی : حسن غریب .

وقال الحاکم : صحيح .

وقال الالبانی : صحيح .

(٢) سقط من أ .

قلت : وما نقله الماوردي يعلم أن ما قاله في « تصحيح التنبية » من حكاية [الخلاف في]^(١) الذبح بالعظم صحيح فإنه عَبَر : بالأصح ، لا : بالصواب ، وأما ما ذكره في « شرح المذهب » من كونه لا يحل بلا خلاف فذهول عن المنقول .

قوله : ولو تردى بغير في بئر ولم يمكن قطع حلقومه فهو كالبعير الناد في جواز رميه وفي إرسال الكلب عليه وجهان : أحدهما : الجواز كما في الصيد ، والبعير الناد ، وهذا ما اختاره البصريون .

والثاني : المنع لأن الحديد يستباح به الذبح مع القدرة وعقر الكلب بخلافه ، هكذا أورد الوجهين القاضي الروياني حكمًا وتوجيهًا ورجح الثاني منهما ، ولك أن تتوقف فيه . انتهى .

قال في « الروضة » من « زوائد » : الأصح تحريره وصححه أيضًا الشاشي انتهى .

وما اقتضاه كلامه من أن التصحيح للشاشي سهو ، فإن الشاشي نقله عن الماوردي خاصة كذا ذكره في « الخلية » وهو الكتاب الذي ينقل منه النووي .

ثم راجعت كتابه المطول وهو المسمى بـ « المعتمد » فلم أر المسألة فيه بالكلية على أنه لم يظفر بهذا الكتاب ، وظفر به الرافعي ثم راجعت أيضًا مختصره المسمى بـ « العمدة » فلم أرها أيضًا ، وهذا لم يظفر به الرافعي ولا النووي واقتصر في « الشرح الصغير » على نقل ترجيح الروياني .

قوله : ولو رمي إلى صيد فقده قطعتين فكل منهما حلال ولو أبان منه

(١) سقط من أ .

عضوًا كيد ورجل بجراحة مدفعه ومات في الحال حلّ العضو وبباقي البدن ، فإن لم تكن الجراحة مدفعه فأدركه [صاحبه]^(١) وذبحه أو جرحه جرحاً آخر مدفعاً ، فالعضو حرام لأنّه أُبین من حيٍ وبباقي البدن حلال ، وإن مات من تلك الجراحة ولم يتمكّن من الذبح حلّ باقي البدن ، وفي العضو وجهان:

أحدهما : الحل لأنّ الجرح السابق كالذبح للجملة .

وأصحهما : التحرير لأنّه أُبین من حيٍ . انتهى ملخصاً .

وما ذكره هنا من تصحيح التحرير ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، وخالف في « المحرر » فصحح الجواز ، وعَبَّر بلفظ : الأصح أيضًا ، ووقع الموضعان كذلك في « الروضة » و « المنهاج » .

قوله : كما يكتفي بالمشي بلا عدو في السعي إلى الجمعة وإن عرف التحرم بالصلة بأماراته . انتهى .

ومقتضى ما ذكره أنه لا فرق بين أن تفوت معه الجمعة أم لا ، وقد صرّح به الماوردي في باب الجمعة من كتابه المسمى بـ « الإقناع » وحذف النموي هذه المسألة من « الروضة » .

قوله : لو أرسل كلبًا في عنقه قلادة محددة فجرح بها الصيد حلّ كما لو أرسل سهمًا قاله في « التهذيب » .

وقد يُفرق بأنه قصد بالسهم الصيد ولم يقصد بالقلادة . انتهى .

وهذا الفرق قد تبعه عليه في « الروضة » أيضًا لكن القاضي الحسين قد ذكر المسألة في « تعليقه » وصورها بما إذا علم الكلب أن يضرّ بتلك الحديدية ، قال : لأنّه يصير كتاب الصيد وإرسال الكلب . انتهى .

(١) سقط من أ .

و « التهذيب » مختصر تعليقة شيخه المذكور فهو مراده ، إلا أنه لم يوضحه لكونه مختصراً .

قوله : الثانية : إذا ظهر كون الكلب معلماً ثم أكل من لحم الصيد حرم في أصح القولين .

ثم قال : قال الإمام : و كنت أود لو فصل مفصل بين أن ينكف زماناً ثم يأكل ، وبين أن يأكل كما أخذ ، فإن الزمان إذا تمادى بعد الإنكفار ولم يتعرضوا له . انتهى .

وهذا الذي ذكره الإمام بحثاً وادعى أنهم لم يتعرضوا له قد ذكره الجرجاني في كتابيه « الشافعي » و « التحرير » ، فقال واللّفظ « للتحرير » ما نصه : وإن أكل الكلب من الصيد غير متصل بالعقر حل وإن أكله متصلة بالعقر فعلى قولين : أصحهما : يحل . هذا لفظه .

قوله : وذكر الغزالى أن ما يقتله الفهد والنمر حرام لأنهما لا يتعلمان ، ثم قال : وهذا خلاف ما نص عليه الشافعى والأصحاب فإنهما جعلوهما مما يصطاد من السباع كالكلب . انتهى كلامه .

وما ذكره في النمر من كونه يصلح للصيد حتى يؤكل ما قتله قد خالفه في أول كتاب البيع في الكلام على اشتراط النفع فجزم بأنه لا يصح بيعه لأنه لا يصلح للصيد ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه فإنه غريب وتبعه في « الروضة » على الموضعين .

قوله : قال الإمام : ولو رمى إلى شاته الرببيطة - أي المربوطة - آلة جارحة فأصاب الحلقوم والمريء وفاما وقطعهما ففي حل الشاة مع القدرة على إمارار السكين نظر ، ويجوز أن يفرق بين أن يقصد المذبح بما يرميه وبين أن يقصد

الشاة في صيغ المذبح . انتهى كلامه .

والصحيح في هذه المسألة هو الحل ، فقد قال الرافعي بعد ذلك في أوائل الفصل الثاني المعقود للاشتراك في الجرح : إنه الظاهر .

وقال في « الروضة » هنا من « زوائدہ » : إنه الأرجح . ولم يعزه للرافعي ولم يصرح به هناك فأشعر كلامه أن لا ترجيح في المسألة للرافعي . قوله : ولو قصد بالرمي ظبية فأصاب غيرها فوجهاً : أصحهما وبه قال أبو حنيفة : إنها تخل لوجود قصد الصيد .

والثاني : المنع ، وبه قال مالك . انتهى .

تابعه في « الروضة » على تصحيح الحلّ ، وهذا الذي صححاه خلاف ما نص عليه الشافعي فإنه قال في « البوطي » في باب السنة في الصيد ما نصه : وإن نوى صيداً بعينه في جماعة صيد فقتل [آخر] ^(١) فلا يأكل ، وقد قيل : يأكل . هذا لفظه بحروفه ومن « البوطي » نقلته .

قوله : وإن جرحة جرحاً لم يقتله ثم غاب عنه فوجده ميتاً وليس عليه أثر جراحة أخرى ففي الحلّ قولان :

أصحهما عند البغوي : الحلّ ؛ لكن أصحابنا العراقيون وغيرهم إلى ترجيح التحرير أميل . انتهى .

صحح « النووي » أيضاً في « المنهاج » التحرير ، وقال في « الروضة » من « زوائدہ » : الحلّ أصح دليلاً وصححه [أيضاً] ^(٢) الغزالى في « الإحياء » وثبتت فيه أحاديث صحيحة ولم يثبت في التحرير شيء وعلق الشافعى الحلّ على صحة الحديث ، والله أعلم .

(١) في ب : غيره .

(٢) سقط من أ .

وللمسألة نظائر منها : إذا مشط المُحْرِم رأسه فانتف منها شعر وشك هل انتف بالمشط أم كان منتتفاً ، والأصح في « الروضة » أنه لا فدية ، ولم يحيلوه على هذا السبب .

ومنها : إذا قطع ملفوفاً فادعى الولي أنه قتله ، وادعى الضارب أنه كان ميتاً ، والأصح فيهما تصديق الولي إحالة على السبب الظاهر .

ومنها : إذا بالت ظبية في ماء ، ثم وجده متغيراً ، فإن المذهب المنصوص عليه نجاسته إحالة له على السبب الظاهر ، وهو يشكل على « الرافعي » في تصحيحه عدم جواز الأكل في مسألتنا ، إذ لو أحال على السبب لأباح .

قال : النظر الثاني في بيان ما يملك به الصيد

قوله : ولو توصل الصيد بمزرعته أو عشش الطائر في ملكه وباض وفرخ وصار مقدوراً عليه ، لم يملكه في أظهر الوجهين ، ثم قال : وعلى هذا فحكى الإمام عن الأصحاب أن صاحب الدار أولى بتملكه وليس لغيره أن يتخطى ملكه ويأخذه ، فإن فعل فهل يملكه ؟ فيه وجهاً قريباً من الوجهين في ما إذا تحجر مواتاً فأحياء غيره ، وهذه الصورة أولى بشبهة الملك ؛ لأن التحجر للإحياء والتملك وبناء الدار لا يقصد به ذلك . انتهى كلامه .

والصحيح في مسألة التحجر أنه تملك على ما قرره في إحياء الموات ، فيكون الأصح هنا أيضاً أن الأخذ له بملكه ، بل أولى على ما ذكره هنا ، وجزم أيضاً في آخر « الإحياء » في الكلام على المياه المختصة : بأن الأخذ تملّك ، لكن فرضه في الماء خاصة وهو نظير ما نحن فيه .

إذا علمت ذلك فقد ذكر هذه المسائل في آخر الوليمة في الكلام على ما إذا وقع في حجره شيء من الثمار ولم يكن بسط ثوبه لذلك ، ورجح فيها أنه لا يملك ، وسلم في « الإحياء » أنه يملك وفرق بينهما ، وقد ذكرت هناك لفظه فراجعه فإنه موضع غريب وقع أيضاً في « الشرح الصغير » وتابعه عليه النووي في « الروضة » وزاد على ذلك فصرح بتصحيح الملك في أوائل « الإحياء » ، فقال : الأصح أنه يملكه - يعني الفرع - قال : وكذا لو توصل طير في ملكه أو وقع الثلج فيه ونحو ذلك . هذا كلامه .

وقد تلخص أن في « الروضة » بخصوصها ثلاثة أجوبة متعارضة ، فإنه

حكم هناك بأن الملك في الطائر وشبهه أولى من المتحجر ، وفي باب الوليمة بأن المتحجر أولى بالملك منها ، وفي باب «الإحياء» جعل الكل سواء ، وقد وقعت هذه الموضع في «الشرح الصغير» على ما هي عليه من هذا الاختلاف ، إلا أنه لم يتعرض [له] ^(١) في أوائل «الإحياء» فرأيت في «الزيادات» للعبادي أنه إذا أخذ الماء ملكه قال بخلاف ما إذا صار ملحاً لأنه صار ملحاً بالأرض .

ورأيت في الكتاب المسمى «بالرسائل» [في فروق الوسائل] ^(٢) لأبي الحير سلامة بن إسماعيل ابن جماعة المقدسي قبيل كتاب «الرهن» : أنه إذا استأجر سفينة فدخل فيها سمك فيه وجهان :

أحدهما : أنه للمستأجر ، لأنه ملك منافعها ويده عليها فكان أحق به .

والثاني : للملك ، لأن هذه ليست من المنافع التي تقع الإجارة عليها .

قوله : قال الإمام : وهذا الخلاف في ما إذا لم يكن سقى الأرض مما يقصد به توصل الصيود وتعقلها ، فإن كان يقصد فهو كنصب الشبكة . انتهى كلامه .

وهذا الذي نقله عن الإمام وأقره قد نقل عنه في آخر إحياء الموات عكسه ، وأقره عليه أيضاً وقد ذكرت هناك لفظه فراجعه فإنه غريب ، وتبعه في «الروضة» على هذا الاختلاف .

قوله : في أصل «الروضة» : ولو أرسله مالكه لم يزل ملكه عنه على الأصح المنصوص كما لو سيب دابته ، ولا يجوز ذلك لأنه يشبه سوائب الجاهلية وأنه قد يختلط بالماح في صاد ، [وقيل : يزول] ^(٣) ، وقيل : إن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ب .

قصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى زال وإنما فلا ، وإذا قلنا بالوجه الثالث فأرسله تقرباً إلى الله تعالى فهل يحلّ اصطياده لرجوعه إلى الإباحة أم لا كالعبد المعتق ؟ وجهان . انتهى .

وهذا الذي حكاه من كون المنصوص عدم الزوال ، سهو فإن « الرافعي » إنما نقله في الزوال [فقال :]^(١) وذكر الروياني في « البحر » أن الشافعى نصَّ في « المبسوط » على زوال الملك وغَلَطَ من قال غيره إلا أنه شرط في التصوير أن يخليه على قصد إخراجه عن ملكه وإلحاقه بالوحشى . هذا كلام « الرافعي » والأصح من الوجهين : حلّ اصطياده لئلا يصير في معنى سوابق الجahلية . كما ذكره في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » .

قوله : وإذا ألقى كسرة خبز معرضًا فهل يملكها من أخذها ؟ وجهان مرتبان على إرسال الصيد ، وأولى بأن لا يملك بل تبقى على ملك الملكي ، لأن سبب الملك في الصيد هو اليد وقد أزالها ، قال الإمام : هذا الخلاف في زوال الملك ، وما فعله إباحة للطاعم في ظاهر المذهب ، لأن القرائن الظاهرة كافية في الإباحة .

هذا لفظ الإمام ويوضحه ما نقل عن « الصالحين » في التقاط السنابل انتهى كلامه .

رجع النwoي في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » أنه يملك في الجميع ، فقال : الأرجح أنه يملك الكسرة والسنابل ونحوها ، ويصح تصرفه فيها باليبع وغيره ، وهذا ظاهر أحوال السلف .

واعلم أن « الرافعي » قد سبق منه ذكر التقاط السنابل في أثناء الباب

(١) سقط من أ .

الثاني في اللقطة وبينَ ما يحل أخذه منها ، وقد سبق ذكره هناك لأمر يتعلق به يتعين الوقوف عليه .

قوله : ولو أعرض عن جلد ميّة فأخذه غيره ودبه ، ففي حصول الملك له وجهان بالترتيب ، وهذه الصورة أولى بثبت الملك لأنّه لم يكن ملكاً للأول وإنما كان له نوع اختصاص والاختصاص المجرد يضعف بالإعراض . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، والراجح هو الملك كذا صححه النووي في « شرح المذهب » و « الروضة » ، ولم يُبنِّه فيها على أنه من « زوائد » بل أدخله في كلام « الرافعي » ففطن له فإنه غريب .

قوله : ولو اخْتَلَطَ حمَامٌ بِرَجْ بِحَمَامٍ بِرَجْ آخَرَ ، فَنَقْلُ الْإِمَامِ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ لَيْسَ لَوَاحِدٌ مِنْهُمَا التَّصْرِيفُ فِي شَيْءٍ مِنْهَا بِيعٌ أَوْ هَبَةٌ لِثَالِثٍ ، لَأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ الْمَلْكُ وَلَوْ بَاعَ أَحَدُهُمَا أَوْ وَهَبَ لِلآخرَ صَحٌّ فِي أَقْرَبِ الْوِجْهَيْنِ ، وَيَحْتَمِلُ الْجَهَالَةُ لِلضَّرُورَةِ .

ولو باع الحمام المختلط أو باعا بعضه ثالث ولا يعلم واحد منهما عين ماله فإن كانت الأعداد معلومة كمائين ومائة ، والقيمة متساوية ، وزع العرش على أعدادها صحيحة باتفاق الأصحاب ، فإن جهل العدد لم يصح ، لأنّه لا يعلم كل واحد حصته من العرش . فالطريق أن يقول كل واحد : بعثك الحمام الذي لي في هذا البرج بكذا ، فيكون العرش معلوماً ، ويحتمل الجهل في البيع للضرورة . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » وفيه أمور :

أحدها : أن الحكم على البعض بأنه كالكل في ذلك ، ذكره الرافعي في آخر المسألة استدراكاً على « الوجيز » ، والتفسير الذي ذكره لا يأتي في البعض سواء كان معيناً بالجزئية كالنصف مثلاً أو الثلث لزيادة

الجهل فإن كان مجهولاً بين اثنين فيصير بين ثلاثة أو بإفراد شيء منه كعشرة مثلاً؟ لأن كل واحد لا يدرى ماله من تلك العشرة فيكون الجهل باقياً أيضاً.

الأمر الثاني : أن اشتراط تساوي القيمة لا معنى له مع اشتراط توزيع الثمن على أعدادها فتأمله .

الأمر الثالث : أن ما ذكره في آخر كلامه من كون الطريق أن يقول كل منهما إلى آخره ، حاصله أن الصحة متوقفة على قول كل منهما ، وليس المراد أن هذا طريقهما إذا أرادا جميعاً البيع ، حتى إذا أراد أحدهما ذلك صح ، فإنه قد تقدم حكاية وجهين في ما لو فعل ذلك مع الشريك فكيف يستقيم الجزم بالصحة في صدور ذلك مع الأجنبي ؟

وإذا تقرر أن المراد صدوره من كل واحد منهمما ، فإذا ابتدأ به أحدهما كانت صحته موقوفة على الآخر ، وهو خلاف القواعد ، وفيه كلام سبق فيما إذا كان لرجلين عبدان لكل منهما عبد فباعاهما بثمن واحد .

ومثله إذا كاتب الشريkan عبدهما .

قوله : وإن اختلطت حمامته بحمامات مباحة محصورة لم يجز الاصطياد ، قال في « الروضة » من « زوائد » : من أهم ما تجب معرفته ضبط العدد المحصور ، فإنه يتكرر في أبواب الفقه وقلّ من بيته .

قال الغزالى في « الإحياء » في كتاب « الحلال والحرام » : تحديد هذا غير ممكن وإنما يضبط بالتقريب ، قال : فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظر عدده بمجرد النظر كالألف ونحوه ، فهو عدد غير محصور وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور .

وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن ، وما وقع فيه

الشك استفت فيه القلب . انتهى كلامه .

وما ذكره - رحمة الله - يقتضى أن هذا الضابط لم يره إلا في كلام «الإحياء» وهو غريب فقد سبق ذكره في كلامه ، وكلام «الرافعي» في كتاب «النکاح» ، في الكلام على الموانع ، ونقله عن الغزالى أيضاً ، ونقل أيضاً عن الإمام نحوه .

قوله : وللمقصود مقدمة نذكرها وهي إذا جنى رجل على عبد أو بهيمة أو صيد مملوك قيمته عشرة دنانير وجراحة أرشها دينار ، ثم جرحة آخر جراحة أرشها دينار أيضاً ، فمات بالجرحين ففي ما يلزم الخارج وجوه : أحدها : يجب على الأول خمسة دنانير وعلى الثاني أربعة ونصف ، لأن الجرحين سريا وصارا قتلاً ، فلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته . والثاني : يلزم كل واحد خمسة .

والثالث : يلزم الأول خمسة ونصف والثاني خمسة ، فإن جنائية كل واحد نقصت ديناراً ثم سريا ، والأرش يسقط إذا صارت الجنائية نفسها فيسقط عن كل واحد نصف الأرش لأن الموجود منه نصف القتل .

والرابع : وذهب إليه ابن خيران ، واختاره صاحب «الإفصاح» ، وأطبق العراقيون على ترجيحه أنه يجمع بين القيمتين فتكون تسعة عشر فيقسم عليه ما قوما وهو العشرة ، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءاً من العشرة وعلى الثاني تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءاً من العشرة .

وتقال بعبارة أخرى : نصف القيمة يوم الجنائية الأولى خمسة ، ويوم الجنائية الثانية أربعة ونصف ، نجمع بينهما ونقسم العشرة على تسعة ونصف ، خمسة منها على الأول وأربعة ونصف على الثاني ولو كانت الجنائية ثلاثة ، وأرش كل جنائية دينار والقيمة عشرة كما مرّ ، فعلى الأول ... إلى آخره .

ثم قال ما نصه : وعلى الوجه الثالث يجب على الأول أربعة منها ثلاثة وثلث هي ثلث القيمة يوم جنایته وثلاثة دينار ثلث الأرشن ، وعلى [الثاني ثلاثة وثلاثان . ثلاثة منها ثلث القيمة يوم جنایته وثلاثة دينار ثلث الأرشن، وعلى]^(١) الثالث ثلاثة منها ديناران وثلث هي ثلث القيمة يوم جنایته ، وثلاث هما ثلث الأرشن ، فالمبلغ عشرة وثلاثان . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره في التفريع على هذا الوجه غلط ، تبعه عليه في «الروضة» أيضاً ، والصواب : أن المبلغ اللازم أحد عشر لا عشرة وثلاثان ، والغلط جاء مما يلزم الثالث ، فإنه قال : إنه يلزم ثلاثة ، ثم فصل فقال : دينار وثلث هي ثلث القيمة ، وثلاث هما ثلث الأرشن ، وليس كذلك بل الذي يلزم ثلاثة وثلث لا ثلاثة فقط ، فإن القيمة يوم جنایته كانت ثمانية فيجب ثلثها وهو درهمان وثلاثان مضافان إلى الثلاثين اللذين هما ثلث الأرشن وهذا واضح .

قوله : ذكر القاضي ابن كج أنه إذا أرسل كلبه فحبس صيداً ، فلما انتهى إليه أفلت ، فهل يملكه من أخذه أم هو ملك للأول بالحبس ؟ وجهان . انتهى .

والأصح كما قاله في «شرح المهدب» و «زوائد الروضة» : أنه يملكه .

(١) سقط من أ .

كتاب الضحايا والعقيدة

والنظر في أمرين : الأركان والأحكام

النظر الأول : في الأركان

قوله : الضحايا : جمع ضحية ، كهدية وهدايا وهي التي يُضَحَّى بها من النعم ، ويقال لها : أضحية أو ضحية ، والجمع أضاحي وأضاح وأضاحه أيضاً ، والجمع أضحا ، بالتنوين كأرطاة وأرطاً ، ومنها سمي يوم الأضحى ، وذكر أن جميع ذلك مأخوذ من وقت التضحية وهو ضحوة النهار . انتهى كلامه .

وحاصل ما حكاه من اللغات أربع والثانية والثالثة منها بهمزة مضمومة إحداهما باء مشددة ، والأخرى مخففة ، وجمع المشددة بالتشديد أيضاً والمخففة بالتحفيف ، فال الأول على وزن أنسى ونجابي ، والثاني على وزن جوار وغواشي ، ويستعمل استعمال المقوص .

قوله : واحتاج الأصحاب على عدم وجوبها بأشياء :

منها : ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال : « إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحى ، فلا يمس من شعره وبشره شيئاً »^(١) علق التضحية بالإرادة . انتهى .

وهذا لا دلالة فيه ؛ لأن الأضحية بتقدير وجوبها قد يريده الشخص فعلها وقد لا يريده وذلك على حسب اجتماع الشرائط وعدم اجتماعها ، وهذا كقول الشيخ في « التنبيه » : إذا أراد الصلاة قام إليها بعد فراغ المؤذن

(١) أخرجه مسلم (١٩٧٧) من حديث أم سلمة رضي الله عنها .

من الإقامة .

وقوله : إذا أراد المحرم دخول مكة اغتسل مع أن أداء الخمس ودخول المحرم مكة واجبان لابد منهما .

قوله : وفي « البحر » للروياني أنه لو قال : إن اشتريت شاة فللها على أن أجعلها أضحية ، فهذا نذر مضمون في الذمة ، فإذا اشتري شاة فعليه أن يجعلها أضحية ... إلى آخره .

واعلم أن صورة المسألة أن يقصد الشكر على حصول الملك ، فإن قصد الامتناع فيأتي فيه ما في نذر اللجاج والغضب .

وقد ذكر « الرافعي » في أوائل النذر هذا التفصيل في اعتاق العبد إذا ملكه وهو نظير المسألة .

قوله : ولا يجزئ من الإبل إلا الثنبي أو الثنيبة وهو ما استكمل خمس سنين ، والمعنى فيه أن الثنبيا تتهيأ للحمل والنزوan . فانتهاؤها إلى هذا الحد كالبلوغ في حق الآدمي ، وحالها قبل ذلك حال الصغير من الإنسان . انتهى كلامه .

وهو صريح في أن التهيؤ للحمل والنزوan لا يحصل إلا باستكمال الخامسة والطعن في السادسة وقد خالف ذلك في الزكاة في أوائل باب صدقة النعم مخالفة عجيبة ، فإنه جزم بأن الاستحقاق الذي هو أبلغ من التهيؤ يحصل قبل ذلك بعامين وهو استكمال الثالثة والطعن في الرابعة ، وقد ذكرت لفظه في موضعه فراجعه .

قوله : ثم قضية ما أورده الأصحاب تصريحاً ودلالة ونسبوه إلى نصه في الجديد أن الجَرَب يمنع الإجزاء ، يسيرأ كان أو كثيراً ؛ لأنه يفسد اللحم

واللوك .

وفي وجه أن الكثير هو الذي يمنع كما في سائر الأمراض ، وهذا ما اختاره الإمام وأورده صاحب الكتاب . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » ، فقال : والظاهر الذي أورد الأصحاب المنع مطلقاً ، ثم خالفهما في « المحرر » فقال : والجواب الكثيرة الجرَّب كالمريضة . هذا لفظه ، فشرط في المنع كونه كثيراً ، وقد استدرك عليه في « المنهاج » فصح أن القليل مانع أيضاً .

قوله : وروي عن علي رضي الله عنه قال : أمرنا رسول الله ﷺ ، أن نستشرف العين والأذن وأن لا نضحي بمقابلة ولا مداربة ولا شرقاء ولا خرقاء (١) .

وفي الحديث أيضاً النهي عن المصفرة .

اعلم أن « الرافعي » قد فَسَرَ معاني هذه الأشياء . وأما اللفظ فالمقابلة والمداربة بباء موحدة مفتوحة ، والشرقاء بشين معجمة مفتوحة وراء ساكنة بعدها قاف ممدودة ، والخرقاء بالخاء المعجمة .

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٠٤) والترمذى (١٤٩٨) والنسائى (٤٣٧٢) وابن ماجة (٣١٤٣) وأحمد (٨٥١) والدارمى (١٩٥٢) وابن خزيمة (٢٩١٥) وابن حبان (٥٩٢٠) والحاكم (٧٥٣٢) والطیالسى (١٦٠) والطبرانى في « الأوسط » (٧٩٧٣) وأبو يعلى (٣٣٣) والبزار (٧٥٣) والبيهقي في « الكبرى » (١٨٨٨) من حديث علي رضي الله عنه .

قال الترمذى : حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح .

وقال الألبانى : حسن صحيح .

والمقابلة : أن يقطع طرف الأذن .

والمداربة : أن يقطع من مؤخر الأذن .

والشرقاء : أن يشق الأذن .

والخرقاء : أن تخرق أذنها للسمة .

قوله : ولو جعل جميع البدنة أو البقرة مكان الشاة فهل يكون الجميع واجباً حتى لا يجوز أكل شيء منه أم الواجب السبع فقط حتى يجوز الأكل من الباقي ؟

فيه وجهان كالوجهين في ماسح جميع رأسه في الوضوء [هل يقع جميعه فرضاً ؟ أم الفرض ما يقع عليه الاسم ؟ انتهى .

قال في الروضة : [^(١) قيل الوجهان في المسح في ما إذا مسح دفعة واحدة ، فلو مسح شيئاً فشيئاً فالثاني سنة قطعاً ، وقيل : الوجهان في الحالين . ومثلهما إذا طول الركوع والسجود والقيام زيادة على الواجب [وفائده في زيادة الثواب في الواجب ^(٢) والأرجح في الجميع أن الزيادة تقع تطوعاً . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن « النووي » قد ذكر هذا الخلاف في مواضع من « الروضة » واختلف فيها كلامه اختلافاً عجيباً وهو من الاختلاف الواقع على ثلاثة أوجه ، وتقدم ذكره واضحاً وذكر نظائره ، وفائدة الخلاف فيه في باب صفة الصلاة في الكلام على ركن القيام .

الأمر الثاني : أن [الأصح من ^(٣) هذين الوجهين المذكورين في مسح الرأس هو الوجه الثاني ، وهو أن الخلاف في الحالين ، كذا صححه « النووي » في باب صفة الوضوء من « شرح المذهب » .

قوله : ويدخل وقت التضحية بدخول وقت صلاة العيد يوم النحر ومضي

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وقت ركعتين وخطبتين بعده . انتهى كلامه .

ومقتضاه أنه لا يشترط ارتفاع الشمس مع هذا المدار لأن الصحيح عنده عدم اشتراطه في العيد كما جزم به في « المحرر » ولم يخالفه في غيره .
إذا علمت هذا فقد جزم في « المحرر » أيضاً باشتراط هذا الوقت فقال :
ويدخل وقت التضحية إذا ارتفعت الشمس يوم النحر قيد رمح ، ومضى
قدر ركعتين وخطبتين خفيفتين ، هذا لفظه .

وخالفه « النووي » فصح في كتبه أن وقتها يدخل بالطلوع لكنه أقر
صاحب « التنبيه » على اشتراط الارتفاع ، وقد تقدم طرف من المسألة في
صلاة العيد .

قوله : وعن « الحاوي » وجه أنه كان يعتبر في عهد رسول الله ﷺ
صلاته ويعد المعتبر قدر الصلاة . انتهى .
هذا الوجه أسقطه من « الروضة » .

قوله : إحداهمما : ذكر الإمام أن من فاته التضحية المتطوع بها فليتظر
وقتها من قابل وحينئذ تقع عن حق الوقت . ولا يصفو هذا عن إشكال .
انتهى .

واعلم أن مراد الإمام أنه يقع عن الماضي لا عن الحاضر على خلاف ما
يوهمه كلام « الرافعي » فإنه قال : فإن قيل : التضحية عندكم سنة مؤقتة
والسنة المؤقتة لكم في قضائها قولان ، فهلا خرجتم قضاء التضحية على
هذا الخلاف .

قلنا : إن أراد تدارك الأضحية فليتظر وقتها في قابل والسنين التي
تفوت مواقيتها لو لم يجز القضاء فيها لتحقق الفوات فيها وانقطع المستدرك ،
ثم إذا فرض قصد التدارك عند دخول وقت التضحية في السنة القابلة ، فهذا

القصد عندي لا معنى له فإن ما يوقعه من التضحية يكون أداء ، ويتصور أن يتقرب الرجل بأضاحي في نوبة واحدة فلا يكاد ينقدح معنى القضاء في ما هذا سبيله ، وإذا كان الرجل يعتاد صوم أيام طوعاً فترك الصوم فلا يتحقق عندي قضاؤه ، وكذلك لو أفسدته بعد التحرم به فإن الذي يأتي به يكون ابتداء تطوع .

والأيام التي رغب الشارع في التطوع بصومها إذا لم يصمها فلا معنى لتقدير قضائها ولو تحرم بالصوم ثم أفسدته ، فقد يتخيّل إمكان القضاء ، ولست أراه أيضاً والعلم عند الله تعالى .

هذا لفظ الإمام وكأن النwoي - رحمه الله - لما أشكل عليه هذا الكلام حالة اختصاره راجع « النهاية » ، فإنه عَبَرَ في « الروضة » بقوله : فإن ضحى في السنة الثانية في الوقت وقع عن الوقت لا عن الماضي . هذا لفظه .
قوله : فروع : يجوز إنابة الحائض لحل ذبيحتها ، وعن « الحاوي » أن في كراهة ذبحها الأضحية وجهين ، وأن ذبح الصبي لها مكروره . انتهى .

والأصح عدم الكراهة في الحائض كما نقله الروياني في « البحر » عن الأصحاب ، قال : إلا أنه خلاف الأولى ، وصححه النwoي ، في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » وجزم في « الروضة » بالكراهة في الصبي ، ولم ينقله عن « الحاوي » كما نقله الرافعي ، وخالف في « شرح المذهب » ذكر ما حاصله الجزم بعدم الكراهة ذكر ذلك في باب الصيد والذبائح لا في باب الأضحية .

قوله : وهل يجب أن تكون النية مقرونة بالذبح ، أم يجوز تقديمها عليه ؟ قضية ما ذكر الإمام تحريرجه على وجهين ذكرناهما في جواز تقديم النية على تفرقة الزكاة والأظهر الجواز . انتهى .

واعلم أن شرط ذلك في الزكاة أن تكون النية صدرت بعد تعين القدر الذي يخرجه ، فإن كانت قبله لم يجز كما أوضحتناه هناك نقاً وتعليقًا فتكون الأضحية كذلك فاستحضره .

قوله في «الروضة» : ولو قال جعلت هذه الشاة أضحية فهل يكفيه التعين والقصد عن نية الذبح ؟ فيه وجهان : أصحهما عند الأكثرين لا يكفيه؛ لأن التضحية قربة في نفسها فوجبت النية فيها ، واختار الإمام الغزالى : الاكتفاء . انتهى .

وهذا الذي صححه من عدم الاكتفاء قد جزم بخلافه في الفصل المعقود لأحكام الأضحية ، فقال : العاشرة : لو ذبح أجنبي أضحية معينة ابتدأ في وقت التضحية أو هدياً معيناً بعد بلوغ المنسك فالشهور أنه يقع الموضع ، لأن ذبحها لا يفتقر إلى النية ، فإذا فعله غيره أجزأ كإزالة النجاسة . هذا كلامه .

وعبارة الرافعى في «الشرحين» تشعر بالمخالفة أيضاً .

وصحح في «المنهاج» أنه لا يكفي ، وختلف كلامه في «شرح المذهب» فصحح في هذا الباب وفي باب العقيقة عدم الاكتفاء ، وجزم قبل ذلك في أوائل باب الهدى بأنه يكفي في الهدى والأضحية معًا .

قوله : فرع : لو ضحى عن الغير بغير إذنه لم يقع عنه .

قاله في «التهذيب» واستدرك عليه في «الروضة» فقال : إن كانت الشاة معينة بالنذر وقعت عن المضحي وإلا فلا . كذا قاله صاحب «العدة» وغيره وأطلق الشيخ إبراهيم المروروzi أنها تقع عن المضحي ، قال هو صاحب «العدة» : ولو أشرك غيره في ثواب أضحيته وذبح عن نفسه جاز .

قالا : وعليه يحمل الحديث : « اللهم تقبل من محمد وآل محمد » ^(١).

قوله في الكلام على ما إذا قطع من القفا : قال الإمام : ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المريء ولكن إذا قطع المريء وبعض الحلقوم . انتهى إلى حركة المذبوح لما ناله من قبل سبب قطع القفا فهو حلال ، وأقصى ما وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند الابتداء بقطع المذبح ، ثم قال بعده : الثانية يجب أن يسرع إلى القطع ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح ، وهذا قد يخالف ما سبق أن المرعى والمعتبر أن يكون في الحيوان حياة مستقرة عند الابتداء بقطع المذبح ، ويشبه أن يكون المقصود ها هنا إذا تبين مصيره إلى حركة المذبوح وهناك إذا لم يتحقق الحال . انتهى .

استدرك في « الروضة » فقال : هذا الذي قاله الإمام الرافعي خلاف ما سبق تصريح الإمام به ، بل الجواب : أن هذا مقصر في الثاني فلم تحل ذبيحته بخلاف الأول فإنه لا تقدير ولو لم نحلله أدى إلى الخرج . انتهى كلامه .

واعلم أن النووي في « الروضة » لم ينقل الكلام الثاني عن الإمام بل جزم به ثم ذكر هنا أصلاً وزيادة أن هذا الكلام مخالف لما سبق عن الإمام وهو اختصار عجيب وفيه التباس فاحش .

قوله في « الروضة » لو أخذ الذابح في قطع الحلقوم والمريء وأخذ آخر في نزع حشوته أو نخس خاصرته أو قطع رقبة الشاة من قفاهما لم تحل سواء كان قطع الحلقوم والمريء مذففاً لو انفرد أو تعين على التذفيف ، لأن التذفيف لم يتمحص منهما . انتهى ملخصاً .

ومقتضاه أنه لا فرق بين أن يكون المقارن لقطع الحلقوم والمريء مذففاً أم لا .

(١) أخرجه مسلم (١٩٦٧) من حديث عائشة رضي الله عنها .

فأما الأول وهو المذفف فواضح ، وأما الثاني فتوقف فيه الرافعي ومال إلى أنه يحل ، فقال : ولك أن تقول : إن كان المقارن لقطع الحلقوم والمريء مذففًا فيظهر التحرير لأن إضافة الزهوق إلى أحدهما ليست بأولى من الإضافة إلى الثاني .

فاما إذا لم يكن مذففًا فيجوز أن يقال كما لا أثر له إذا تقدم على قطع الحلقوم والمريء لا أثر له عند المقارنة . وبتقدير أن يؤثر وينع الإضافة إلى قطع الحلقوم والمريء مع كونه مذففًا ، فينبغي أن يقال : إذا جرح جارح جراحة غير مذففة مع حز الرقبة من آخر ، لا يختص الثاني بالقصاص . هذا كلامه وهو واضح حق لا إشكال فيه .

قوله : وإن لم يكن فيه حياة مستقرة لم يحل ، وذكر القاضي ابن كج أن أبا حفص ابن الوكيل ، حكى فيه قوله آخرًا أنها تحل والمذهب الأول .

وهذا الخلاف في الشاة إذا مرضت فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت تحل؛ لأنه لم يوجد سبب يحال عليه الهالك ، ويحصل قتلاً .

قال : ولو أكلت الشاة نباتاً مضرًا فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت ، فقد ذكر - شيخي يعني : القاضي الحسين - فيه وجهين ثم قطع في كرة بنفي الحال ؛ لأننا وجدنا سبباً يحال الهالك عليه فصار كجرح السبع . انتهى كلامه .

وحصل ما ذكره حكمًا وتعليقًا وتشبيهًا أن الحيوان يحل بالذبح ، إذا انتهى إلى عدم الحياة المستقرة بسبب المرض ، وتابعه عليه في « الروضة » .

والمسألة مذكورة في مواضع حصل فيها اضطراب أو ضحته في أوائل الجنایات في الطرف الرابع المعقود لاجتماع مباشرين .

قوله : ومن الأمارات على بقاء الحياة المستقرة الحركة الشديدة بعد قطع

الحلقوم والمريء ، وكذلك انفجار الدم وتدفقه ، وذكر الإمام أن منهم من اعتمد على كل واحد منها وأن الأظهر أن كلاً منها لا يكفي لأنهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح ، لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن أو أumarات آخر تفيد الظن [أو التعين] ^(١) فيجب النظر والاجتهاد . انتهى .

والأصح على ما قاله في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » الاكتفاء بالحركة الشديدة .

قوله : ومهما كانت في ملكه بدنـة أو شـاة فقال : جعلت هذه ضـحـية ، أو هذه ضـحـية أو عـلـيـَّ أن أضـحـيـ بها ، صـارتـ أضـحـيةـ .

وكذا لو جعلـهاـ هـدـيـاـ ، ثم قال : وشرط بعضـهمـ أن يقولـ معـ ذـلـكـ : للـهـ تعالىـ .

قال في « التهذيب » : والمذهب الأول . وشبه ذلك بتوجيه العتق تنجيزاً على العبد ، قال الإمام : تشبيـهـ بـتعـيـنـ الشـيـءـ لـلـوقـفـ وـالـحـبسـ أـقـرـبـ ، فإنـ الأـضـحـيـةـ لـاـ تـخـرـجـ عنـ المـالـيـةـ وـإـنـ تـعـيـنـ كـالـعـينـ الـمـحـسـةـ وـالـعـبـدـ الـذـيـ وـجـهـ عـلـيـهـ الـعـتـقـ يـخـرـجـ عنـ المـالـيـةـ بـالـكـلـيـةـ وـهـذـاـ لـاـ يـسـلـمـهـ الـأـوـلـوـنـ بـلـ صـرـحـواـ بـزـوـالـ الـمـلـكـ عـنـ الـهـدـيـ . انتهىـ كـلـامـهـ .

والـذـيـ نـقـلـهـ رـحـمـهـ اللـهـ عـنـ الـإـمـامـ سـهـوـ إـنـ الـأـضـحـيـةـ وـإـنـ خـرـجـتـ عـنـ مـلـكـهـ فـمـالـيـتـهـ باـقـيـةـ لـمـ تـزـلـ لـأـنـهـ خـرـجـتـ عـنـ مـلـكـهـ إـلـىـ مـلـكـ الـفـقـراءـ ، وـكـذـلـكـ فـيـ الـوـقـفـ بـخـلـافـ الـعـتـيقـ فـإـنـهـ خـرـجـ عـنـ كـوـنـهـ مـالـاـ ، وـهـذـاـ الـبـحـثـ لـمـ يـذـكـرـهـ فـيـ «ـ الرـوـضـةـ »ـ وـكـأنـ «ـ الرـافـعـيـ »ـ تـحـرـفـ عـلـيـهـ الـمـالـيـةـ بـالـمـالـكـ .

قولـهـ فـلـوـ قـالـ اـبـتـدـاءـ : عـلـيـَّ التـضـحـيـةـ بـهـذـهـ الـبـدـنـةـ أوـ الشـاةـ ، لـزـمـهـ التـضـحـيـةـ قـطـعاـ . انتـهىـ .

وما ذكره من دعوى القطع ليس كما قاله؛ ولذلك لم يذكره الرافعي لأن هذا التزام لم يعلق على شيء ، وفي صحته قولان مشهوران ثابتان في كتاب النذر .

وأيضاً فلأن بعض الأصحاب يذهب إلى أن النذر لا يصح إلا إذا أضافه الله تعالى وقد حكاه هو في هذا الباب قبل هذا الموضع بقليل .

قوله : من أراد التضحية فدخل عليه عشر ذي الحجة كره أن يحلق شعره وأن يقلم ظفره حتى يضحي .

وقيل : إنما يكرهان بعد العشر ، وتعيين ما يضحي به ، وفي قول : لا يكره القلم ، وفي وجه : يحرمان انتهى .

قال في « الروضة » من « زوائد » : قال الشيخ إبراهيم المرزوقي في «تعليقه» : حكم سائر أجزاء البدن [كالشعر]^(١) . والله أعلم .

وهذه الزيادة التي ذكرها لم يوضح ما يستفاد منها فإنه قد سبق ذكر القلم ، والشعر يتناول جميع ما على الجسد ولا شك أن ما يزال من أجزاء البدن قد تكون إزالته واجبة كختان البالغ ، وقطع يد السارق والجاني بعد المطالبة ونحوها ، وقد تكون مستحبة كختان الصبي ، وقد تباح كقطع السن الموجعة وكذلك الفصد والحجامة ونحوها بشروط ، فإن الدم من الأجزاء كما صرحوا به في كتاب الطلاق .

فأما الأول فتأخير الواجب لا يجوز ، فضلاً عن كونه مستحبًا .

وأما الثاني فالتضحية من مال الصبي ممتنعة .

وأما الثالث فالامر بمقاساة الآلام وكراهة التأخير فيه بُعد ، وقد تقدم أن الأضحية سُنة على الكفاية في حق أهل البيت .

(١) في أ ، ب : كالعشر .

وتقدم أيضاً من « زوائد » النwoي عن المروروزى وصاحب « العدة » أنه لو ضحى عن نفسه وأشرك غيره معه في الثواب جاز . وحيثئذ فقد يقال : صورته ما إذا كان في البيت صبي أو أشرك الصبي معه . ولقائل أن يمنعه وهو الأوجه ويقول : الأحاديث الواردة بالأمر ، وعبارات الأئمة إنما دلت عليه في حق من أراد التضحية وهذا لم يردها .

نعم أقرب ما تصور به الفصد والحجامة وقطع السلغة ونحو ذلك مما يؤتي به بغير ألم عاجل .

قوله : ولو نذر أن يتصدق بما عينه زال ملكه عنه ، بخلاف ما لو نذر إعتاق عبد عينه فإنه لا يزول ملكه عنه ما لم يعتقه ؛ لأن الملك في الصدقات ينتقل إلى المساكين وفي العبد لا ينتقل إليه بل ينتقل عن الملك بالكلية . انتهى كلامه .

وما ذكره في نذر الصدقة من زوال الملك قد خالفه في أوائل النذر ، وسأذكر لفظه فيه هناك إن شاء الله تعالى .

قال رحمة الله : النظر الثاني في أحكام الأضحية

قوله : كما لا يصح بيع الأضحية لا يصح إجارتها ويجوز إعارتها لأنها إرافق ، ولو أجرها فركبها المستأجر فتلفت ضمن المؤجر قيمتها المستأجر الأجرة . ثم هل يكون مصرفها مصرف الضحايا أم الفقراء ، فقط ؟ وجهان في « البحر » انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن تقييد ضمان الأجرة بركوب المستأجر لا يستقيم ؛ لأن الأجرة في الإجارة الفاسدة تستقر بما يستقر به المسمى في الإجارة الصحيحة لو كانت ملكاً له فما ليس ملكه بطريق الأولى .

ولا يشترط لاستقرار المسمى في الإجارة الصحيحة نفس الانتفاع بل مضي الزمان عند المستأجر فكذلك ها هنا .

الثاني : أن القياس في هذه المسألة أن يضمن كلاً من المؤجر والمستأجر القيمة والمنفعة وقرارهما على المستأجر إن علم ، فإن لم يعلم فالقرار في الأجرة عليه وفي العين على المؤجر في الأصح لغيره ، وسيأتي في آخر الباب الثالث من أبواب الرهن في نظير المسألة ما ذكرناه .

نعم ذكر في الغصب أن المغصوب الموهوب قراره على الموهوب له في الأصح ، وعلله بأنه أخذه للتملك فاعلمه .

الأمر الثالث : أن الأصح من الوجهين في الأجرة أنها تصرف مصرف الضحايا كذا صححه النووي في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » .

الأمر الرابع : أن كلامهما يشعر بأنها لو تلفت في يد المستعير لم يجب ضمانها ، وهو كذلك وسبيه أن العuir وإن لم يكن مالكاً إلا أن يده ليست يد ضمان وكذلك من أثبتت يده عليه وهذا بعينه قد ذكره الرافعي وغيره في المستعير من المستأجر ومن الموصي له بالمنفعة .

قوله : فإن فرض إتلاف فينظر إن وجد من أجنبى فعليه القيمة يشتري بها مثل الأولى فإن تعذر فدونه ، فإن لم يوجد بالقيمة ما يصلح للأضحية ، ففي « المخاوي » : أنه يلزم النادر أن يكمل من عنده ، والصحيح عند الجمهور أنه لا شيء عليه لعدم تقصيره . فعلى هذا فوجهان أحدهما على ما ذكره الروياني أنه يلزم شراؤه والذبح مع الشريك .

والثاني : يجوز إخراج القيمة لأن في شراء الشخص مشقة ، ويحكى هذا عن أبي إسحاق ، وقيل : يشتري به لحمًا ويتصدق به ، ورتب الماوردي هذه الصور ترتيباً حسناً ، فقال : إن كان المتلف ثانية ضأن مثلاً ولم يكن أن يشتري بالقيمة مثلها وأمكن شري جذعة ضأن وثانية معز تعين الأول رعاية للنوع ، وإن أمكن ثانية معز ودون جذعة ضأن فيتعين أيضاً الأول ، لأن الثاني لا يصلح للتضحية .

وإن أمكن دون الجذعة ، وشري سهم في ضحية تعين أيضاً لأن التضحية لا تحصل بوحدة منها ، والأول إراقة دم كامل .

وإن أمكن شري سهم وشري لحم فال الأول أيضاً متعين لأن فيه شركة في إراقة دم .

وإن لم يكن إلا شري اللحم وتفرقة الدر衙م تعين الأول لأنه مقصد الأضحية . انتهى .

والذي صححه الروياني قد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبر بالأصح وكذلك النووي في «شرح المذهب» و«الروضة».

ولم يتبه فيها على أنه من «زوائد» بل أدخله في كلام الرافعي، فنقطن له فإنه غريب.

وقد جزم الرافعي في كتاب «الوقف» في الكلام على ما إذا أتلف الموقوف بخلافه، فقال: وهذا الخلاف فيما إذا أتلف الأضحية، ولم يوجد بقيمتها إلا شخص شاة لأنه لا يضحي بشخص الشاة. انتهى.

والصواب الإجزاء كما هو المذكور هنا تعيمًا وتصريرًا وصرح به أيضًا الإمام وغيره.

قوله: فإن قلنا بالوجه الثاني فقد أطلق مطلقون أنه يتصدق بها وعبارة الإمام: أنه يصرفها مصرف الضحايا، حتى لو أراد أن يتخذ منه خاتماً يقتنيه ولا يبيعه كان له ذلك، وهذا أولجه، ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق، بل المراد أن لا يجب شخص ويجوز إخراج الدرهم.

وقد يتتساهم في ذكر المصرف في مثل هذا. انتهى.

قال في «الروضة»: هذا الذي حکاه عن الإمام من جواز اتخاذ الخاتم تفريغ على جواز الأكل من الأضحية الواجبة.

قوله: وإن وجد إتلاف من المضحى فوجهان ذكرهما الإمام:

أحدهما: أن الواجب عليه قيمة يوم الإتلاف كالاجنبي.

وأصحهما: أنه يلزم أكابر الأمرين من قيمته، وتحصيل مثله. انتهى.

وحاصل ما ذكره هنا وفي كلام آخر بعده متصل به أنه يجب أن يشتري بالقيمة من جنس التالف، ثم إن الرافعي ذكر المسألة أيضًا في أواخر النذر في أثناء كلام أوله: قال: وإذا قال لله عليًّا أن أضحى بيذنة، وذكر فيها

خلافاً لم يذكره هنا بالكلية ، فقال : وفي طريقة الصيدلاني حمل النص على ما إذا عين بغيراً ، وقال : لله عليّ أن أهدى هذا ، ثم أتلفه ، فعليه أن يأتي بمثله ، وذكر الأصحاب وجهين في أنه يتخير بين بذنة مثلها وبين البقر والغنم أو هي على الترتيب . انتهى .

وهذا الخلاف أسقطه من « الروضة » هناك فكأنه توهم أن ذكره سبق منه هاهنا .

قوله في « الروضة » : وإذا ذبح أجنبي الأضحية المعينة وجب عليه الأرش على الأصح المنصوص .

ثم قال : وهل هو للمضحي أو للمساكين ؟ أو يسلك به مسلك الضحايا ؟ فيه أوجه أصحها : الثالث .

فعلى هذا يشتري به شاة فإن لم يتيسر عاد الخلاف السابق أنه يشتري به جزء ضحية أو لحم أو يفرق بنفسه . انتهى .

وقد أهمل من الوجوه الأخيرة وجهاً آخرأ ذكره الرافعي ، فقال عقب حكايته كما في « الروضة » : وقيل : هو مُخِيرٌ بين أن يصرفه إلى آخره وبين أن ينتفع به ولا يبيعه .

قوله : ولو ذبح أجنبي الأضحية المعينة وأتلف لحمها فقولان :
الجمهور : أنه يضمن قيمتها عند الذبح .

والثاني : يضمن بالأكثر من قيمتها وقيمة اللحم ، وروى بعضهم بدل الثاني : أنه يغرم أرش الذبح وقيمة اللحم ، ثم قال : ولا اختصاص لهذه الحالات بصورة الضحية ، بل يطرد في كل من ذبح شاة إنسان ثم أتلف اللحم . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » ، واعلم أن الشاة متقومة واللحم مثلي على

الصحيح ، وقد ذكر في باب الغصب أن من غصب متقوماً ثم صار مثلياً ثم تلف يلزمـه قيمة المتقوـم وإن كانت أكثر قيمة من قيمة المثلـي ، وإن كانت أقل أو استوياً لـزمه المـثل ، وقد ذكرت مـسألة الغصب في بابـها فراجعـها .

قولـه : ولو أشارـ كذـاب عـبـث فـقال : جـعلـتـ هـذـهـ أـضـحـيـةـ ، أوـ نـذـرـ أـنـ يـضـحـيـ بـهـاـ وـجـبـ ذـبـحـهـاـ لـالتـزـامـهـ وـيـثـابـ عـلـيـهـاـ وـلـكـنـ لاـ تـجـزـئـ عـنـ الضـحـايـاـ المـشـروـعـةـ .

وـهـلـ يـخـصـ ذـبـحـهـاـ بـيـومـ النـحـرـ وـتـجـريـ مـجـرـيـ الضـحـايـاـ فـيـ المـصـرـفـ ؟ـ فـيهـ وجـهـانـ :

أـحـدـهـماـ :ـ لـاـ .ـ لـأنـهـ لـيـسـ أـضـحـيـةـ .

وـأـصـحـهـماـ :ـ نـعـمـ لـأـنـهـ أـوـجـبـهـاـ بـاسـمـ الـأـضـحـيـةـ وـلـاـ مـحـمـلـ لـكـلامـهـ إـلـاـ هـذـاـ .ـ فـعـلـىـ هـذـاـ لـوـ ذـبـحـهـاـ قـبـلـ يـوـمـ النـحـرـ تـصـدـقـ بـلـحـمـهـاـ وـلـاـ يـأـكـلـ مـنـهـ شـيـئـاـ ،ـ وـعـلـيـهـ قـيـمـتـهـاـ يـتـصـدـقـ بـهـاـ .ـ اـنـتـهـيـ .

وـحـاـصـلـهـ أـنـهـ لـمـ عـبـرـ بـالـأـضـحـيـةـ وـتـعـذـرـ وـقـوـعـهـاـ أـضـحـيـةـ ،ـ حـمـلـنـاـ التـعـبـيرـ بـهـاـ عـلـىـ إـرـادـهـ حـكـمـهـاـ وـهـوـ تـعـيـنـ الـوقـتـ وـالـمـصـرـفـ لـلـضـرـورـةـ ،ـ وـيـكـونـ كـالـمـصـرـحـ بـهـاـ .

إـذـاـ عـلـمـتـ هـذـاـ فـمـاـ ذـكـرـهـ مـنـ تـعـيـنـ الـمـصـرـفـ مـُسـلـّمـ ،ـ وـأـمـاـ الـوقـتـ حـتـىـ يـمـتـنـعـ التـقـديـمـ فـعـجـيبـ ؟ـ لـأـنـهـ لـوـ صـرـحـ بـهـ فـقـالـ :ـ لـلـهـ تـعـالـىـ عـلـيـأـ أـنـ تـصـدـقـ بـهـذـاـ فـيـ يـوـمـ كـذـاـ ،ـ جـازـ التـقـديـمـ عـلـيـهـ ،ـ كـمـ سـبـقـ إـيـضـاحـهـ فـيـ بـابـ الـاعـتـكـافـ فـغـيـرـ الـمـلـفـوـظـ بـهـ وـهـوـ الـقـدـرـ لـلـضـرـورـةـ بـطـرـيـقـ الـأـولـىـ .

قولـهـ :ـ فـأـمـاـ إـذـاـ تـعـيـبـتـ الـمـعـيـنـةـ اـبـتـدـاءـأـوـ عـمـاـ فـيـ الـذـمـةـ بـفـعـلـهـ ذـبـحـ صـحـيـحةـ وـفـيـ انـفـكـاكـ الـمـعـيـنـةـ عـنـ حـكـمـ الـالـتـزـامـ الـخـلـافـ الـذـيـ سـبـقـ .ـ اـنـتـهـيـ .ـ كـلـامـهـ .

والأصح من ذلك الخلاف السابق هو الانفكاك وعودها إلى الملك . كذا صرخ به قبل هذا بنحو ورقة فقال : إنه الأصح المنسوب إلى النص ، وحيثئذ فيكون الأصح هنا العود أيضاً على مقتضى ما قاله الرافعي .

إذا علمت هذا فاعلم أن ما قاله في المعينة عمما في الذمة صحيح ، وأما المعينة ابتداء فقد خرج فيها قبل ذلك بعدم العود ، فقال في أول الحكم الثاني في الكلام على التي عينت ابتداءً ما نصه : ولو تعيبت يوم النحر قبل التمكين من الذبح فيذبحها ويتصدق بلحومها وإن تعيبت بعد التمكين يذبحها ويتصدق بلحومها أيضاً ، وعليه ذبح بدلها وتقصيره بالتأخير كالتعيب . هذا كلامه .

ثم ذكر بعده أن المعينة عمما في الذمة تعود إلى ملكه بالتعيين على الصحيح كما تقدم نقله عنه ، والذي يظهر أن الموضع الأول وقع سهواً وقد تابعه في « الروضة » على هذا الاختلاف .

قوله : ولو ذبح الأضحية المنذورة يوم النحر أو الهدي المنذور بعد بلوغ المنسك ولم يفرق اللحم حتى تغير وفسد فعليه قيمة اللحم ويتصدق بها ولا يلزم شراء شيء آخر لأن حصلت إراقة . وكذا لو غصب اللحم غاصب وتلف عنده أو أتلفه متلف يأخذ القيمة ويتصدق بها . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » وهو يحتمل أن يكون مفروضاً في المعين ابتداء ؟ ويحتمل أن يكون في الذبح عمما في الذمة ، وعلى كل حال لا يستقيم إخراج القيمة .

أما الأول وهو المعين ابتداء ، فلأن اللحم المذكور ملك للقراء ، إذ يملكونه بمجرد النذر ، واللحم مثلي على الصحيح كما صحة حنا في باب الغصب ، فجز مهما هنا بإخراج القيمة مخالف لما صحة حنا هناك .

وأما الثاني فلأن الحق واجب في الذمة ولا يزال كذلك حتى يملكه

القراء وهم لا يملكونه إلا بالقبض ، فكيف يحسن الاكتفاء بالقيمة عن اللحم ، وهي عندنا لا تجziء وإنما يحسن الاكتفاء بها ، لأن لو أتلفه بعد قبضهم إيه ، وقد ذكر المسألة على الصواب في آخر كتاب الحج ، وصح وجوب الذبح أو إخراج اللحم ، وضعف وجوب القيمة فقال في آخر باب الدماء الواجبة على المحرم : وإذا ذبح المحرم في الحرم فسرق منه لم يجزئه عما في ذاته وعليه إعادة الذبح ، أو شراء اللحم والتصدق به ، وفيه وجه أنه يكفي التصدق بالقيمة . هذا لفظه بحروفه .

زاد في « الروضة » على هذا بتصریح تضعیف الوجه ، فقال : وفيه وجه ضعیف ، فتلخص أن ما ذكره في هذا الفرع مردود ، وسيجيء بعد هذا كلام آخر متعلق بما نحن فيه فينبغي استحضاره مع المذكور هنا .

قوله : وإن مضى بعض أيام التشريق ثم ضلت فهل هو تقصیر حتى يضمن ؟ فيه وجهان . انتهى .

والراجح في هذه المسألة على ما ذكره الرافعی فيها وفي نظائرها أنه يضمن فقد قال في أوائل الحكم الثاني : فلو قال : جعلت هذه البدنة أو الشاة أضحية أو نذر أن يضحي بيذنة أو شاة عينها ، فماتت قبل يوم النحر أو سرقت قبل أن يتمكن من الذبح يوم النحر فلا شيء عليه ، وكذلك الهدي المعين إذا تلف قبل بلوغ المنسك أو بعده وقبل التمكن من الذبح . انتهى .

فاستراطه في عدم الضمان أن تكون السرقة أو التلف قبل التمكن دليلاً على أنه يضمن إذا حصل بعده ، وذكر أيضاً في آخر هذا الحكم ما هو أصرح منه فقال : وإذا تمكّن من ذبح الهدي بعد بلوغ المنسك ، أو من ذبح الأضحية يوم النحر فلم يذبح حتى تلفت فهو كالإتلاف لتقصیره بتأخير الذبح . انتهى .

وذكر أيضاً في أول النوع الثاني مثله وأبلغ منه فقال : ولو تعیيت يوم

النحر قبل التمكّن من الذبح فيذبحها ويتصدق بلحّمها ، وإن تعيبت بعد التمكّن يذبحها ويتصدق بلحّمها أيضًا ، وعليه ذبح بدلها وتقصيره بالتأخير كالتعيب . هذا كلامه .

ووافق النwoي في « الروضـة » على هذه الموضع فجزم بها كما جزم بها الـرافعي ، ثم ذهل عن ذلك كله فرجح من روائده عقب الـوجهـين المذكورـين في صدر المسـألـة عدم الـوجـوب فقال : قلت : الأرجـح أنه ليس بتقصـيرـ كـمنـ مـاتـ فيـ أـثـنـاءـ وـقـتـ الصـلـاةـ ،ـ وـالـلـهـ أـعـلـمـ .

وصرـحـ بـتصـحـيـحـهـ أـيـضاـ فيـ «ـ شـرـحـ المـهـذـبـ »ـ .

ومن نظائر المسـألـةـ ماـ إـذـاـ حـلـفـ لـيـأـكـلـنـ الرـغـيفـ غـدـاـ فـتـلـفـ مـنـ الـغـدـ بـعـدـ التـمـكـنـ مـنـ أـكـلـهـ وـالـصـحـيـحـ فـيـ الـحـنـثـ .

ومنها : إذا مات في أثناء يوم العيد قبل إخراج الفطرة وقد ذكرت فيها كلاماً ينبغي الوقوف عليه في كتابنا المسمى « بالهدایة إلى أوهام الكفاية » ومنها : تلف الصيد بعد الإحرام وقبل التمكّن من الإرسـالـ ،ـ وـقـدـ سـبـقـ إـيـاصـاحـهـ فـيـ الـحـجـ .

قولـهـ :ـ فـإـنـ عـيـنـ هـدـيـاـ أـوـ أـضـحـيـةـ عـماـ ثـبـتـ فـيـ ذـمـتـهـ فـضـلـ مـاـ عـيـنـهـ بـقـيـ الأـصـلـ فـيـ ذـمـتـهـ عـنـ الـجـمـهـورـ ،ـ فـإـنـ ذـبـحـ وـاحـدـةـ عـماـ عـلـيـهـ ثـمـ وـجـدـ الـضـالـةـ فـهـلـ يـلـزـمـ ذـبـحـهـ ؟ـ فـيـ وـجـهـانـ ،ـ وـقـيـلـ :ـ قـولـانـ :

أـصـحـهـمـاـ :ـ عـلـىـ مـاـ ذـكـرـ فـيـ «ـ التـهـذـيـبـ »ـ أـنـهـ لـاـ يـلـزـمـ .

وـالـثـانـيـ :ـ يـلـزـمـ وـهـ مـاـ أـورـدـهـ اـبـنـ الصـبـاغـ .ـ اـنـتـهـىـ .

لم يـصـحـ شـيـئـاـ فـيـ «ـ الرـوـضـةـ »ـ أـيـضاـ ،ـ وـالـذـيـ صـحـحـهـ الـبغـويـ هوـ الصـحـيـحـ ،ـ كـذـاـ صـحـحـهـ الـرـافـعـيـ فـيـ «ـ الشـرـحـ الصـغـيرـ »ـ وـعـبـرـ :ـ بـالـأـصـحـ .

قولـهـ فـيـ «ـ أـصـلـ الرـوـضـةـ »ـ :ـ فـلـوـ عـيـنـ عـنـ الـضـالـةـ وـاحـدـةـ ثـمـ وـجـدـهـ قـبـلـ

ذبح البدل فأربعة أوجه :

أحدها : يلزم ذبحهما معاً .

والثاني : يلزم ذبح البدل فقط .

والثالث : ذبح الأصل فقط .

والرابع : يتخير بينهما . انتهى .

والأصح من هذا الخلاف هو الثالث ، فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » : إنه الأظهر ، والنوعي في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » : إنه الأصح ، وفي « الرافعي » إشعار بترجيحه لمن تأمله ، ولكن حذفه من « الروضة » .

قوله : ولو عين من عليه كفارة عبداً عما عليه ففي تعينه خلاف ، والذي أجاب به الشيخ أبو حامد : أنه يتعين . انتهى .

والمشهور الذي نص عليه الشافعي هو التعين ومقابله قول مُخرج كذا ذكره الرافعي في باب الإيلاء فقال : المنصوص وقول عامة الأصحاب : أنه يتعين . هذا لفظه .

ثم قال : واختار المزني أنه لا يتعين ، وخرجه على أصل الشافعي ، واستشهد بأن نظيره من الصوم لا يتعين على المنصوص ، وبه قال الأثرون .

ولو نذر أن يصرف زكاته إلى أشخاص معينين فالأكثرون ما نقله القاضي : أنه لا يتعين ، فقد صلح في « الروضة » هنا من « زوائد » التعين في العبد ولم يستحضر ما سبق في الإيلاء .

قوله : فكل هدي وجب ابتداءً من غير التزام كدم التمتع والقرآن ودماء الجبرانات في الحج لا يجوز الأكل منه .

فلو أكل منها شيئاً غرمه ولا يجب إراقة الدم ثانية ، وفيما يغرس ثلاثة أوجه :

أظهرها : ويحكي عن نصه في القديم : أنه يغرس قيمة اللحم ، كما لو أكله أو أتلفه غيره .

والثاني : أنه يلزم مثلك ذلك اللحم ، لأنه لو أتلف الشاة التي عينها لما عليه أو أتلف الهدي لزمه مثله ، فكذلك إذا أتلف بعضه لزمه مثله .

والثالث : عليه أن يشتري شقصاً من حيوان مثله ويشاركه في الذبح لأن ما أكله بطل إراقة الدم فيه ، فصار كما إذا ذبح وأكل الجميع يلزم دم آخر ثم قال بعد ذلك : وحيث لا يجوز الأكل من الأضحية المنذورة ، فلو أكل ففي ما يغرس الوجوه الثلاثة . انتهى كلامه .

وقد اشتمل على أنه إذا أكل البعض أجنبي لزمه القيمة وإن أكله هو فكذلك على الصحيح ، وإن أكل الجميع لزمه دم آخر وتابعه على ذلك في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن ما جزم به هنا من غرامة القيمة للقراء ، قد جزم بعكسه في [الباب] (١) الذي يليه المعقود للأكل من الأضحية المتطوع بها ، فإنه قال إذا أكل الجميع ضمن ما يطلق عليه الاسم .

وقيل المقدار المستحب .

وقيل : الكل .

ثم قال ما نصه : ثم ما ضمنه على الخلاف السابق لا يتصدق به ورقاً وهل يلزم صرفه إلى شخص أضحية أم يكفي صرفه إلى اللحم وتفرقته ؟ وجهان . هذا لفظ النووي في « الروضة » ، ونقله الرافعي عن الروياني

(١) في ب : الفصل .

وأقره .

وهو اختلاف عجيب ، فإن المتطوع بها لم يحب فيها إراقة الدم فإجزاء القيمة فيها أقرب من إجزائها في الواجبة على عكس ما قال .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من إيجاب الدم عند أكل الجميع مخالف ل الكلام ذكره في آخر الحج ، ونقلناه عنه قبيل هذا بقليل فإنه خير هناك بين الدم وبين إخراج اللحم .

إلا أنه فرض المسألة هناك في سرقة اللحم ، وفرضه هنا في أكله ، ولا ثُر لاختلاف هذا التصوير ، إلا أن يقال : لما أكله تبنا أن إراقة الدم كان لأجل ذلك فيلزم إعادته بخلاف السرقة .

قوله : فإن علق التزام الأضحية أو الهدي بشفاء المريض وقدوم الغائب حرم عليه الأكل ، فإن أطلق الالتزام فوجوه ، ثم قال : وبالمنع قال أبو إسحاق ، وذكر المحاملي أنه المذهب والجواز هو اختيار الإمام والقفال . وفي « العدة » : إنه المذهب .

ويشبه أن يتوسط فيرجع في المعين الجواز ، وفي المرسل المنع سواء عين عينه ثم ذبح المعين أو ذبح بلا تعين لأنه عن دين في الذمة كجبرانات الحج . وإلى هذا ذهب صاحب « الحاوي » وعليه ينطبق سياق الشيخ أبي علي . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره عن الماوردي في الهدي والأضحية ليس كذلك إنما نقله الماوردي في الأضحية خاصة ، وأما الهدي فإنه ذكر فيه الخلاف ، وصح المنع ولم يتعرض للتفصيل .

الثاني : أن ما رجحه في المعينة من جواز الأكل قد ذكر قبل ذلك في أول الحكم الثاني ما يخالفه ، فقال : وإن تعيبت - أي المعينة - يوم النحر

قبل التمكّن فيذبحها ويتصدق بلحّمها .

وذكر أيضًا بعد هذا بدون ورقة نقلًا عن «التهذيب» من غير إنكار عليه ما يوافقه ، وصرح فيه بأنه لا يأكل منها شيئاً ، وذكر أيضًا في آخر الباب في الكلام على ولد الأضحية ، ما حاصله : أنه يجوز الأكل في المعينة عما في الذمة ، فتأمله .

ولهذا قال : ويجوز أن يعلم قول «الوجيز» وولد الأضحية له حكم الأم بالواو لأنه يتناول المعينة ابتداء ، والمعينة عما في الذمة ، وفي الثانية خلاف كما عرفت . هذا لفظه .

قوله : قال العلماء : كان ادخار الأضحية فوق الثلاث منها عنه لأجل الدافة وهم جماعة كانوا دخلوا المدينة قد أقحمتهم السنة في الbadia ، والمشهور أن النهي أولاً كان نهي تحرير ، وعن صاحب «الإفصاح» أنه يتحمل الإرشاد والاستحباب وذكروا تفريعاً على الأول وجهين في أن ذلك التحرير كان عاماً ثم نسخ ، أو كان مخصوصاً بتلك الحالة الحادثة فلما أنهيت انتهى التحرير .

ووجهين تفريعاً على الثاني في أنه لو حدث مثل ذلك في زماننا وببلادنا هل يحكم بالتحريم ، والظاهر أنه لا يحرم اليوم بحال . انتهى كلامه .

تابعه في «الروضة» على ذلك كله والصحيح أن النهي كان مخصوصاً بحالة الضيق وال الصحيح أيضًا : أنه إذا حدث ذلك في زماننا أنه يعود المنع على خلاف ما رجحه الرافعي ، فقد نص الشافعي على ذلك كله فقال في «الرسالة» في آخر باب العلل في الحديث ما نصه : فإذا دفت الدافة [ثبت النهي عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاث . وإن لم تدف دافة]^(١)

(١) سقط من أ .

فالرخصة ثابتة بالأكل والتزود والإدخار والصدقة .

قال الشافعي : ويحتمل أن يكون النهي عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاثة منسوخ في كل حال . هذا لفظه بحروفه ومن « الرسالة » نقلته .

واعلم أن الدافع : بالدال المهملة والفاء المشددة ، هي الطائفة القادمة من البدائية لما أصابهم من المجاعة مشتقة من الدفيف وهو السيرلين .

وأما أقحمتهم فمعناه : أهلكتهم ، مشتق من القحمة بضم القاف وإسكان الحاء المهملة وهو الهلاك .

وأما السنة فهو العام المجدب قال تعالى : « وَلَقَدْ أَخَذْنَا آلَ فِرْعَوْنَ
بِالسَّيْئِنَ » (١) أي أهلكتناهم بالأعوام المجدبة .

قوله : وقال الغزالى في « الوجيز » : ويتأدى كمال الشعار بأن يتصدق بالثلث ويأكل الثلث ويدخر الثلث ، ثم قال : ثم التثليث بالكيفية التي أوردها بعيد نقلًا ومعنى .

أما النقل : فإنه لا يكاد يوجد في كتاب متقدم ولا متأخر ولا في « النهاية » ولا في « الوسيط » تصریح بذلك . انتهى كلامه .

وهذا الذي قاله الغزالى منقول في المذهب ثابت ، وإنكار الرافعى عليه هو المنكر المردود فقد صرخ القاضى الحسين فى « تعليقه » بحكایة ما قاله الغزالى ، قوله للشافعى وزاد على حکایته فنقوله عن الجديد وجعل مقابله قوله قدیماً ، وشتان بين الكلامين حيث تكون المقالة هي الجديد ويدعى فيها أنها لم توجد لأحد ، وهذا الكتاب أعني « تعليقة » القاضى هي من جملة الأصول الكبار التي فاتت الرافعى فلم يقف عليها ، وقد أنكر النوى فى « الروضة » أيضًا هذه المقالة تبعًا للرافعى ، وكذلك فى « شرح المذهب » .

(١) سورة الأعراف (١٣٠) .

قوله : وإن عينت عما في الذمة فحكم الولد كما ذكرنا في المعينة بالنذر ابتداءً وفي « الشامل » لابن الصباغ وجه آخر : أنه لا يتبعها الولد فتكون ملكاً للمضحي والمهدى لأن ملك الفقراء غير مستقر في هذه ، ألا ترى أنها لو غابت عادت إلى ملكه . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً وهو يقتضي أن الحمل في الأضحية ليس عيب لأنه لا يجوز تعين العيب عما في الذمة ، فلو كان الحمل عيباً لكان مانعاً للإجزاء سواء كان مقارناً للتعين أم طارئاً بل تعليله بقوله : أنها لو غابت عادت إلى ملكه صريح في ذلك أيضاً وما دل عليه كلام الرافعى قد نقل ابن الرفعة التصریح به عن « شرح الوسيط » للعجلی وعن « الإفصاح » للصیمری ونقل عن حکایته وجهاً أنه عيب ثم قال - أعني ابن الرفعة : إن المشهور خلافه .

وقد رأيت ما قاله ابن الرفعة في كلام العجلی فكأنه لم يظفر بكونه عيباً إلا في هذا الكتاب ، ولهذا لم ينقله عن غيره وادعى عدم شهرته .

وذلك في غاية العجب فقد صرخ بكونه عيباً في الأضحية خلائق كثيرة منهم صاحب « التتمة » في كتاب الزكاة في الكلام على الخلاف بين الشافعی وداود في أن الحامل هل تجزئ في الزكاة أم لا ؟ ، ونقله هو عنه في ذلك الموضع وأقره ولم يحك خلافه ولم يعقبه بإنكار ولا تضییف ، وجزم به أيضاً هناك شیخ الأصحاب الشیخ أبو حامد ، في « تعلیقه » والعمراںی في كتاب « البيان » والنزوی في « شرح المذهب » نقاً عن الأصحاب فقال ما نصه : قال القاضی أبو الطیب : قال الأصحاب : إنما قلنا : لا تجزئ الحامل في الأضحیة لأن المقصود من الأضحیة اللحم ، والحمل يهزلها ، ويقل بسببه لحمها فلا تجزئ والمقصود من الزکاة كثرة القيمة .

هذا لفظه من غير اعتراف عليه .

ورأيته أيضًا في « الذخيرة » للبنديجي في باب صدقة الغنم في آخر المسألة الثانية منه مجزوماً به وفي « شرح المذهب » المسمى « بالاستقصاء » في كتاب الأضحية نقاً عن الأصحاب .

وبالجملة فيها وأئمة المذهب قد جزموا به ، وهذه كتبهم شاهدة فمن أحب الوقوف على ذلك فليقف فقد أعلمنا مواضعها ، ولعل السبب في قول ابن الرفعـة ذلك أن المسألة مذكورة في غير مقتبـتها ، وذكر الرافعـي أيضًا ما يؤيدـه في كتاب البيـوع في آخر خيار النقص فقال : وأطلق بعضـهم أن الحـمل الحـادث عـيب ؛ لأنـه في الجـارـية يؤثـر في النـشـاط والـجـمـالـ وـفيـ الـبـهـيـمـةـ يـنـقـصـ الـلـحـمـ وـيـضـرـ بـالـحـمـلـ عـلـيـهـاـ .ـ هـذـاـ لـفـظـهـ ،ـ وـهـوـ كـالـصـرـيـحـ فـيـ لـأـنـ تـنـقـصـ الـلـحـمـ هـوـ ضـابـطـ عـيـوبـهـاـ ،ـ وـذـكـرـ أـيـضـاـ قـرـيـبـاـ مـنـهـ فـيـ كـتـابـ الصـدـاقـ .ـ

قولـهـ :ـ بـعـدـ ذـكـرـ وـلـدـ الـأـضـحـيـةـ الـوـاجـبـةـ وـالـمـطـطـوـعـ بـهـ :ـ ثـمـ إـذـ ذـبـحـ الـوـلـدـ وـالـأـمـ فـيـ تـفـرـقـةـ لـحـمـهـ وـجـوـهـ :

أـحـدـهـ :ـ أـنـ يـسـلـكـ بـلـحـمـ كـلـ وـاحـدـ مـنـهـماـ [ـ مـسـلـكـ الضـحـاـيـاـ يـتـصـدـقـ مـنـ كـلـ وـاحـدـ مـنـهـماـ]ـ (١)ـ بـشـيءـ لـأـنـهـماـ أـضـحـيـتـانـ ،ـ قـالـ الرـوـيـانـيـ :ـ وـهـوـ الـمـذـهـبـ .ـ

وـالـثـانـيـ :ـ يـكـفـيـ التـصـدـقـ مـنـ أـحـدـهـماـ لـأـنـ الـوـلـدـ بـعـضـ مـنـهـاـ .ـ

وـالـثـالـثـ :ـ أـنـ لـاـ بـدـ مـنـ التـصـدـقـ مـنـ لـحـمـ الـأـمـ لـأـنـهـاـ الـأـصـلـ .ـ

وـالـوـجـهـانـ الـأـخـيـرـانـ يـشـتـرـكـانـ فـيـ تـجـوـيزـ [ـ أـكـلـ]ـ (٢)ـ جـمـيعـ الـوـلـدـ وـهـوـ الـذـيـ صـحـحـ صـاحـبـ «ـ الـكـتـابـ »ـ .ـ اـنـتـهـيـ مـلـخـصـاـ .ـ

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً وفيه أمور :

أحدها : أن هذا الذي صححه الغزالى من أكل الجميع هو الصحيح فقد جزم به في « المحرر » فقال : يجوز الأكل من أضحية التطوع ، ثم قال : وولد الأضحية الواجبة سواء كانت معينة في الأصل أو عينت عمما في الذمة ، له حكم الأم ، يذبح معها لكن يجوز أكل جميعه هذا لفظه . وتبعه عليه في « المنهاج » .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » اختصر كلام الرافعى على غير وجهه ، فإنه نقل عن الغزالى أنه صحيح وجوب التصدق بشيء من لحم الأم فالرافعى إنما نقل عنه جواز أكل الولد كما تقدم وهو يصدق مع كل من الوجهين الآخرين .

الأمر الثالث : أن القول بوجوب ذبح الولد مع جواز أكل جميعه مدركه أن الولد كالجزء فجاز أكله كما يأكل يد الأم ورجلها وحيثئذ فيلزم بالضرورة من جواز أكل جميع الولد [جواز الأكل من الواجب بل الأكل من الواجب أولى] ^(١) ، فإن بعض من جوز الأكل من الواجب منع أكل جميع الولد ، وقال : لا بد أن يتصدق بشيء منه ، لكونه كأضحية مستقلة .

إذا علمت ذلك علمت أن ما قاله في « المحرر » من منع الأكل من الواجب مع جواز أكل الولد كلام غير منتظم وإن كان قد وقع أيضاً في « المنهاج » وفي « الروضة » فإنه صحيح من « زوائد » جواز أكل جميعه .

قوله : فإذا ضَحَّى بشاة فوجد في بطنه جنيناً فيمكن أن يطرد فيه هذا الخلاف ويمكن أن يقطع بأنه بعضها . انتهى .

قال في « الروضة » : ينبغي أن يبني هذا على الخلاف المعروف في أن

(١) سقط من أ .

الحمل له حكم وقسط من الثمن أم لا ؟

فإن قلنا : لا ، فهو بعض كبدها وإلا فالظاهر طرد الخلاف ويحتمل القطع بأنه بعض والأصح على الجملة أنه يجوز أكل جميعه هذا كلامه . وذكر مثله في « شرح المذهب » أيضاً .

قوله : ويجوز ركوب الهدي والأضحية المنذورين وإركابهما بالعارية والحمل عليهما من غير إجحاف فإن نقصاً بذلك ضمن . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن جواز الركوب والإركاب مشروط بالحاجة إليه ، كذا نص عليه الشافعي فقال : ويركب الهدي إن اضطر إليه ركوبًا غير قادر ويجعل المضطر عليها ، هذا لفظه . حكاه الماوردي فعلى هذا لا يجوز ذلك للقادر على المشي إذا ركب متربها كثثير من الناس .

ولا للقادر على غيرهما بملك أو إجازة وفي الإعارة نظر .

وذكر النووي في باب الهدي من « شرح المذهب » نحو ما ذكره الشافعي ، فقال : يشترط أن يحتاج إلى ذلك .

وقال الماوردي : يجوز بلا ضرورة ، هذا كلامه .

الأمر الثاني : أن تقييد الشافعي بغير القادح ، والرافعي بغير إجحاف ، قد فسره ابن الرفعة في « الكفاية » : بأن لا يلحق الحيوان بذلك مشقة ، وقد سبق في أوائل الكلام على أحكام الأضحية أمور متعلقة بالمسألة فراجعها .

قوله في « الروضة » : السابعة : لو اشتري شاة فجعلها ضحية ثم وجد بها عيباً قدّيماً ، لم يجز ردها لزوال الملك عنها كمن اشتري عبداً فأعتقه ، ثم علم به عيباً لكي يرجع على البائع بالأرش .

وفي ما يفعل به وجهان :

أحدهما : يصرف مصرف الأضحية ، فينظر أيمكنه أن يشتري به أضحية أو جزءاً أم لا ؟ ويجوز فيه ما سبق في نظائره ، وفرقوا بينه وبين أرش العيب بعد إعتاق العبد ، بأنه الذي أعتقه .

فإن المقصود من العتق تكميل الأحكام ، والعيب لا يؤثر فيه ، والمقصود من الأضحية اللحم ولحم العيب ناقص .

والوجه الثاني : أنه للمضحي لا يلزم صرفه للأضحية ؛ لأن الأرش لسبب سابق للتعيين ، وبالوجه الأول قال الأكثرون .

لكن الثاني أقوى ، ونسبة الإمام إلى المراواة وقال : لا يصح غيره ، وإليه ذهب ابن الصباغ والغزالى والرويانى .

قلت : قد نقل في « الشامل » هذا الثاني عن أصحابنا مطلقاً ولم يحك فيه خلافاً فهو الصحيح ، والله أعلم .

وهذا الذي نقله النووي في « زياداته » من أن صاحب « الشامل » نقل عن الأصحاب أنه للمالك ثم استند إلى ذلك فصححه ، غلط فاحش فإن الذي ذكره صاحب « الشامل » إنما هو الأول فمن أحب الوقوف عليه فليراجع كلامه .

قوله : في « مجموع أبي الحسن ابن المرزبان » : أن من أكل بعض الأضحية وتصدق ببعضها هل يثاب على الكل أو على ما تصدق ؟ .

وجهان كالوجهين في من نوى صوم التطوع ضحوة ، هل يثاب من أول النهار ، أو من وقته ؟ وينبغي أن يقال له : ثواب التضحية بالكل والتتصدق بالبعض . انتهى .

قال النووي في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » : إن ما قاله

الرافعي هو الصواب الذي تشهد به الأحاديث والقواعد .

قال : ومن جزم به تصريحاً الشيخ الصالح إبراهيم المروذى ، والوجهان المذكوران حكاهما الدارمي في « الاستذكار » عن حكایة ابن القطان وهو شيخ المرزبان المتقدم .

قوله نقاًلاً عنه أيضاً : إن في جواز الصرف من الأضحية إلى المكاتب وجهين ، في وجه يجوز كالزكاة . انتهى .

والأصح على ما قاله في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » : هو الجواز .

قوله نقاًلاً عن « البحر » : ومن ضحى بعدد فليفرق على أيام الذبح ، فإن كان شاتين ذبح شاة في اليوم الأول ، والأخرى في آخر الأيام . انتهى .

قال في « الروضة » : هذا الذي قاله وإن كان أرفق بالمساكين إلا أنه خلاف السنة فقد نحر النبي ﷺ في يوم واحد مائة بدناء أهدأها (١) . فالسنة التعجيل والمسارعة إلى الحيرات إلا ما ثبت خلافه .

قوله : وخرج في نقل الأضحية المنذورة وجهان من القولين في نقل الزكاة . انتهى كلامه .

وما ذكره من تخريجها على خلاف الزكاة تابعه عليه في « الروضة » ، وهو يشعر بتصحيح المنع ، ولكن الصحيح هو الجواز فاعلمه فإنهما قد صححا في كتاب قسم الصدقات جواز نقل المنذور ، وهذه الأضحية فرد من أفرادها .

(١) تقدم .

قال رحمة الله : الكلام على العقيقة

قوله : العقيقة جزعة ضأن أو ثنية معز كالأضحية .

وفي «الحاوي» : أنه يجزئ ما دونهما . انتهى .

وتعبيره بالجذعة والثانية أعني بالتأنيث ، ذكره الرافعي أيضًا ، وهو تعبير عجيب كالتصريح في عدم إجزاء الذكر مع أنه يجزئ بلا نزاع بل أولى على قياس الأضحية .

قوله : والأحب ذبحها في اليوم السابع من الولادة ، ويدخل يوم الولادة في السابع ، وفي وجه : لا يدخل . انتهى .

وما صححه هنا من دخول يوم الولادة في السبعة تابعه عليه في «الروضة» هنا وذكر قبل ذلك في كتاب موجبات الضمان في الكلام على الختان ، وفي غيره من كتبه أيضًا ما يخالفه وقد سبق هناك بيانه .
فإن الفتوى على عدم الدخول .

قوله : فإن أخرت إلى البلوغ سقط حكمها في حق غير المولود ، وهو مُخير في العقيقة عن نفسه ، واستحسن القفال الشاشي أن يقوم بها ، ويروى : أن النبي ﷺ عق عن نفسه بعد النبوة ^(١) .

وعن نصه في «البوطي» : أنه لا يفعل ذلك واستغربوه . انتهى كلامه .

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٩٤٤) والبيهقي في «الكبير» (١٩٠٥٦) وأبن عدي في «الكامل» (٤ / ١٣٣) من حديث أنس بن مالك .
قال البيهقي : منكر .

وفيه عبد الله بن محرر ، وهو ضعيف جداً .

وقال النووي : هذا حديث باطل .

إلا أن الشيخ الألباني صححه بمجموع طرقه فراجعها في «الصحيح» (٢٧٢٦) .

والنص المذكور في البوطي ليس في عين المسألة فإنه قال : ولا يقع عن كبير . هذا لفظه بحروفه ومنه نقلت ، وسياقه يدل على أن المراد أنه لا يقع عنه غيره ولم ينف عقه عن نفسه .

قوله : وإنما يقع عن المولود من تلزمه نفقته ، ولكن روي أن النبي ﷺ عق عن الحسن والحسين ؓ (١) وكأنه مأول . انتهى .

وتؤويله كما قال النووي وغيره : على أشياء منها : أن أبويهما كانا عند ذلك معسرین فيكونان في نفقة جدهما رسول الله ﷺ .

والحديث أخرجه ابن حبان والحاكم في صحيحهما من رواية عائشة (٢) .

قوله : ويستحب أن يقع عن من مات بعد الأيام السبعة وإمكان الذبح ، وقيل : إنها تسقط . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » وهو كالصريح في سقوط العقيقة عن من مات قبل السابع أو بعده .

وقيل : إمكان الذبح لأنه لم يدرك الوقت المطلوب لإيقاعها فيه أو لم يتمكن وهذا الذي جزم به ابن الرفعة في « الكفاية » في ذيل كلام نقله عن « البحر » عن الأصحاب .

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٤١) والنسائي (٤٢١٩) والطبراني في « الكبير » (٢٥٦٧) والبيهقي في « الكبير » (١٩٠٥٠) وأبو نعيم في « الخلية » (٧ / ١١٦) وابن الجارود في « المتقي » (٩١١) والخطيب في « التاريخ » (١٠ / ١٥١) من حديث ابن عباس ؓ . وصححه عبد الحق الأشبيلي في « الأحكام الكبرى » والالباني وغيرهما .

(٢) أخرجه ابن حبان (٥٣١١) والحاكم (٧٥٨٨) وأبو يعلي (٤٥٢١) وعبد الرزاق (٧٩٦٣) والبيهقي في « الكبير » (١٩٠٥٥) وابن عدي في « الكامل » (٦ / ٢٢٦) من حديث عائشة ؓ .

وفي الباب عن جابر ، وعلي ، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وأنس ؓ . أجمعين .

وجزم النووي في آخر باب العقيقة من « شرح المذهب » بالاستحباب .

فقال : فرع : لو مات المولود قبل السابع استحببت العقيقة عندنا .

هذه عبارته مع ذكره في أول الباب ما ذكره الرافعي .

قوله : ويكره لطخ رأس المولود بدم العقيقة . انتهى .

تابعه في « الروضة » على الكراهة ، لكن المشهور تحريم التلطيخ بالتجasse .

ويحرم على الولي أن يفعل به شيئاً من المحرمات على المكلفين ، كسيقه الخمر وإدخال فرجه في فرج محرم ، ونحو ذلك مما لم يستبين لغرض صحيح .

فينبغي أن يكون المذكور هنا جواباً على طريقة الجواز .

وقد بالغ الماوردي في « الإنقاع » فجزم بأنه لا يكره لطخ جبهته ، وحيثئذ فلا يكره لطخ رأسه بطريق الأولى .

قوله : في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال : « لا فرع ولا عتيرة » (١)

فالفرع : أول نتاج البهيمة كانوا يذبحونه ولا يملكونه رجاء البركة في الأم ، والعتيرة ذبيحة كانوا يذبحونها في العشر الأول من رجب ويسمونها الرجيبة أيضاً .

وذكر ابن كج وغيره في كراحتها وجهين وحكي أن الشافعي رحمه الله قال : إن تيسر في كل شهر كان حسناً . انتهى .

والراجح من الوجهين على ما قال في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » عدم الكراهة ، والنص المذكور في « سنن حرملة » .

(١) أخرجه البخاري (٥١٥٦) ومسلم (١٩٧٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

والفرع : بفتح الفاء والراء وبالعين المهملة . والعتيرة : بالعين المهملة المفتوحة والتاء المثلثة من فوق ، والحديث في « صحيح البخاري » .

قوله من « زوائد » : يستحب إزالة شعر العانة بحلق أو نتف أو قص أو نورة أو غيرها ، والحلق أفضل ، ويستحب إزالة شعر الإبط بأحد هذه الأمور والنتف أفضل . انتهى .

وما أطلقه من استحباب الحلق في العانة ليس كذلك بل هو خاص بالرجل ، أما المرأة فالمستحب لها نتف عانتها .

كذا ذكره في « تهذيب الأسماء واللغات » في الكلام على لفظ العانة ، ولم أره في غيره من كتبه فتفطن له .

قوله أيضاً في « الزوائد » : التاسعة : ذكر الرافعي في اللحية عشر خصال مكروهة : خضابها بالسواد إلا للجهاد ، وتبسيضها بالكبريت أو غيره استعجالاً للشيخوخة ، ونتفها أول طلوعها إيشاراً للمردة وحسن الصورة ونتف الشنب ، وتصفييفها طاقة فوق طاقة تحسيناً والزيادة فيها والنقص منها كالزيادة في شعر العذارين من الصدغين وأخذ العذار في حلق الرأس ، ونتف جنبي العنفة وغير ذلك ، وتركها شعثة إظهاراً لقلة المبالاة بنفسه ، والنظر في بياضها أو سوادها إعجاباً بها وافتخاراً ، ولا بأس بترك سباليه وهما طرفا الشارب . انتهى كلامه .

فأما كراهة الخضاب بالسواد فهو وجه ، وال الصحيح كما ذكره قبل هذا تحريره .

وأما كراهة نتفها ونتف الشيب فذكر أيضاً مثله في باب السواك من « شرح المذهب » و « التحقيق » وغيرهما ، ثم قال : ولو قيل : يحرم نتف الشيب ، لم يبعد لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله

وعن أبي حمزة قال : لا تنتفوا الشيب فإنه نور المسلم يوم القيمة ^(١).

قال الترمذى : حديث حسن .

وما ذكره من الكراهة مردود بنص الشافعى فإنه قد ذكر في «الأم» أنه حرام ، فقد نقله عنه أيضاً ابن الرفعة ، وإزالة الرجل لشعر لحيته قريب من إزالة المرأة لشعر حواجبها وأطراف وجهها .

وقد اختلف كلام النووي في تحريمه بعد جزمه بالاستحباب في لحيتها وعنفتها وشاربها ، فجزم في باب السواك في «التحقيق» بأنه لا يحرم بل يكره ، وجزم في «شرح مسلم» بالتحريم واستدل بقوله **وعن أبي حمزة** : «لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات» ^(٢) رواه مسلم .

قال : والنامضة : هي التي تزيل الشعر عن الوجه لأنه يقال للمنقاش : منماص بكسر الميم ، والمتنمصة هي التي تطلب ذلك ، وهي بالباء بنقطتين من فوق ثم بالنون وبالصاد المهملة ، ورواه بعضهم بتقديم النون .

وذكر في باب طهارة البدن من «شرح المذهب» نحوه أيضاً ، فإنه قال : وأما إزالة الشعر عن وجهها في في الصحيحين : لعن الله فاعله ^(٣). انتهى . وهذا اللفظ عنده وعند غيره من العلماء مرادف للتحريم ، بل دليل على أن الفعل كبيرة .

واعلم أن الاستدلال بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فيه

(١) أخرجه أبو داود (٤٢٠٢) والترمذى (٢٨٢١) والنسائي (٥٦٨) وابن ماجة (٣٧٢١) وأحمد (٦٩٢٤) وسعيد بن منصور (٢٤١٨) وابن أبي شيبة (٥/٢٦٦) والبيهقي في «الشعب» (٦٣٨٦) وفي «الكبرى» (٤١٤٦) من حديث عبد الله بن عمرو **رضي الله عنه** .

قال الترمذى : هذا حديث حسن .

وقال الألبانى : صحيح .

(٢) أخرجه البخارى (٥٥٨٧) ومسلم (٢١٢٥) من حديث ابن مسعود **رضي الله عنه** .

(٣) تقدم .

خلاف بين المحدثين مشهور .

ونقل ابن معن في باب صفة الوضوء عن الشافعي : أنه لا يحتاج به ، فقال : ولا أحتاج برواية عمرو بن شعيب حتى يتبين عن أي جديه روی فإن كان محمداً بن عبد الله بن عمرو بن العاص لم يقبل لأن محمد ليس من الصحابة ، وإن كان مراده عبد الله والد محمد ، قبلت لأنه صحابي .

وصحح النووي تبعاً لجماهير المحدثين أن محمداً ولد عبد الله له صحبة فيحتاج بحديثه ، وقد علمت أنه خلاف ما تقدم عن الشافعي .

كتاب الأطعمة

و فيه فصلان :

الأول في حالة الاختيار

اعلم أن هذا الباب قد وقع فيه ألفاظ منها :

البير : هو بباءين موحدتين الأولى مفتوحة والثانية ساكنة ، وهو حيوان معروف يعادي الأسد يقال له : **الفرانق** بضم الفاء وسكون النون ، وقد ضبطه أيضًا في « الروضة » بذلك .

و منها ابن آوى : هو بالمد وزنه : أفعى ، ولذلك لا ينصرف كما قاله الجوهري .

و منها : ابن مُقرِض : بضم الميم وكسر الراء وبالضاد المعجمة ويجوز كسر الميم مع فتح الراء .

و منها : الوبير : بإسكان الباء الموحدة .

والدلدل : ببدالين مهمليتين مضمومتين .

و منها : الفنك : بفاء ونون مفتوحتين بعدهما كاف .

و منها : الغداق : بغين معجمة مضومة و دال مهملة .

و منها : الزاغ : بزاي وغين معجمتين .

و منها : اللقلق : بقافين .

و منها : الورشان : وسيأتي ضبطه .

[و منها : الصعروة : بصاد مفتوحة وعين ساكنة مهمليتين] (١) .

(١) سقط من أ .

ومنها : **النغر** : بنون مضمومة وغير معجمة مفتوحة .

ومنها : الحمرة : بحاء مهملة مضبوطة وميم مشددة مفتوحة .

ومنها : العندليب : بالنون الساكنة وبالباء الموحدة في آخره .

ومنها : **الببغاء** : بثلاث باءات موحدات أولاهن وثالثهن مفتوحات والثانية ساكنة وبالغين المعجمة ، وهي المسماة بالدُّرَّة بداع مهملة مضومة .

ومنها الشّرّاق : بكسر القاف وتشديد الراء وبفتح الشين المعجمة
وكسرها وفي آخره قاف أخرى .

ومنها : **الضوع** : بضاد معجمة مضبوطة وواو مفتوحة وعين مهملة .

ومنها : النهاس : بالنون والسين المهملة والمعجمة أيضًا والنھس أخذ اللحم بقدم الأسنان .

قوله : ويحل الأرنب واليربوع خلافاً لأبي حنيفة .

لنا أن الأرنب أهدى للنبي ﷺ وأكل منه .

وأما [اليربوع]^(١) فإن العرب تستطييه ونابه ضعيف ، والوجهان يجريان في ابن مقرض وهو الدَّلْق . وفي ابن آوى أيضاً .

وفي تعليق الشيخ أبي حامد : أن الأشبه بالذهب حله .

لكن الذي رجحه أبو علي الطبرى والبغوى والرويانى : المنع ، لأن رائحته كريهة ، والعرب تستحبه ، وهذا ما حكى الإمام عن المراوزة القطع به .
انتهى كلامه .

فقول الرافعي - رحمه الله: والوجهان يجريان في ابن مقرض . . . إلى آخره ، كلام مظلوم لا يهتدي به إلى شيء؛ لأنّه لم يتقدّم هنا ذكر وجهين

(١) في أ : ابن مقرض .

بالكلية ولزم من عدم تقدمهما عدم العلم بالحكم في ابن مقرض لأنه أحاله عليه ، وقد انكشف الغطاء عن ذلك والنجلت الظلمة بحمد الله تعالى وتبين أن نسخ هذا الكتاب كلها قد حصل فيها سقط علم من « الشرح الصغير »، فإنه قال : ويحل الأربن واليربوع لأنه عليه الصلاة والسلام أمر بأكل الأربن وحكمت الصحابة في اليربوع بحضور النبي وذلك يدل على حله .

وقال أبو حنيفة : هما حرامان ، ولنا في اليربوع وجه مثله .

وابن عرس فيه وجهان :

وجه التحرير وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ أنه ذو ناب .

والأظهر : الحل لأن العرب تستطيه ونابه ضعيف ، ويجري الوجهان في ابن مقرض وهو الدلّق ، وفي ابن آوى .

لكن الأظهر في ابن آوى التحرير ، هذا كلام « الشرح الصغير » فسقط هذا المتوسط كله من الرافعي الكبير وتلخص منه : أنه حصل في نسخ الرافعي غلط من ثلاثة أوجه :

أحدها : حذف الخلاف في اليربوع .

والثاني : إسقاط مسألة وهي حكم ابن عرس ، والصحيح فيه الحل كما هو مشهور في المختصرات « كالتنبيه » و « الحاوي » وغيرهما ، وذكره أيضاً الغزالى في « الوجيز » وذكره لها مع عدم وجودها في نسخ الرافعي يوضح السقوط .

والثالث : الجهل بحكم ابن مقرض ، والصحيح على ما يقتضيه كلام الرافعي حلّه ، فإن الرافعي قال : إنه على الوجهين ، وقد ثبت أن ذينك الوجهين هما الوجهان في ابن عرس ، والصحيح فيهما الحلّ .

وقد اختصر النووي كلام الرافعي باجتهاده فأخطأ ، فقال : فرع ، يحل الصب والضبع والشعلب والأربن واليربوع ، ويحرم ابن آوى وابن مقرض

على الأصح عند الأكثرين وبه قطع المراوزة . هذا لفظه [وقد حصل فيه غلط من وجوه ثلاثة :

أولها وثانيها هما الأول والثاني في الراافي [(١)] ، والثالث : عكس الحكم في ابن مقرض فإن الصحيح فيه على ما تقدم بيانه هو **الخل** ، وقد وقعت المسألتان في « **الحاوي الصغير** » على الصواب فأباح ابن مقرض وحرم ابن آوى .

قوله : ومنها غراب الزرع ، وهو أسود صغير يقال له : **الزاغ** ، وقد يكون محمر المنقار والرجلين ، وفيه وجهان أصحهما : **الخل** ، لأنه يستطاب .

ثم قال : ومنها غراب آخر صغير أسود أو رمادي اللون وقد يقال له : **الغداف الصغير** ، وفيه وجهان كالوجهين في النوع الذي قبله . انتهى كلامه . وعبر في « **الشرح الصغير** » بقوله : فيه الوجهان ، وحاصل ما يقتضيه كلام الراافي ترجيح الخل في الغداف أيضاً وإن كان يحتمل أن يقال : لا يؤخذ منه ترجيح لشيء .

وصحح النووي في « **أصل الروضة** » تحريره ، وهو غلط لما ذكرناه ، ثم إنه لما وقع له ذلك في « **الروضة** » عداه منها إلى « **تصحيح التنبيه** » على عادته في النقل فيه عنها .

قوله : ومنه النمل والنحل وهم حرامان لورود النهي عن قتلهما . انتهى .
تابعه في « **الروضة** » على إطلاق تحريم قتل النمل وهذا في النمل الكبير ؛ أما النمل الصغير ففي « **شرح المذهب** » المسمى « **بالاستقصاء** » نقاً عن « **الإفصاح** » للصميري : أنه لا يحرم قتله لأنه مُؤْذَن ، وأقره عليه ، قال : وقد سئل ابن عباس عن قتل المحرم لها ، فقال : تلك ضالة لا شيء فيها (٢) .

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه الشافعي (٦٥٠) بسند صحيح .

وذكر البغوي أيضًا في «شرح السنة» جواز قتلها .

قوله : ويحرم الخفافش قطعاً وقد يجري فيه الخلاف . انتهى كلامه .

وتعييره بقوله : وقد ، هو بقاف مفتوحة بعدها دال وكذا عبر به في «الروضة» .

إذا علمت ذلك فما ذكره الرافعي والنwoي من احتمال مجىء خلاف يقتضي أنهما لم يظفرا بالتصريح به ، وهو غريب فقد جزما في كتاب محرمات الإحرام بوجوب الجزاء فيه ، وأن ذلك الواجب هو القيمة بعد تصريحهما بأن ما لا يؤكل لا يجب ضمانه وقد تقدم التنبية عليه هناك .

قوله : وفي الفلق وجهان : أحدهما وإليه ميل الشيخ أبي محمد : أنه حلال كالكري ، وجعله صاحب «الكتاب» الأظهر ، وفي «التهذيب» : إن الأصح التحريم ، وهو الذي أورده أبو عاصم العبادي واحتاج له بأنه يأكل الخبراث ، وبأنه يصف وقد روي أنه عليه قال : «كل ما رَفَّ، ودع ما صَفَ» (١) .

يقال : رف الطائر في طيرانه ، إذا حرك جناحيه كأنه يضرب بهما .

وصف : إذا لم يتحرك كما تفعل الجوارح . انتهى .

والأصح هو التحريم كذا صححه النwoي في «شرح المذهب» و«الروضة» ولم ينبه فيه على أنه من «زوائد» بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

قوله : وأدرج في هذا القسم الورشان والقطاء واليعاقب . انتهى .

أما الورشان : فهو مفتوحة وشين معجمة وبالنون هو القمرى الذكر ويسمى أيضًا :

(١) لم أهتد إليه .

ساق حر : بالسين المهملة والقاف والحاء المهملة المضمومة والراء المشددة ويجمع الورشان على الوارشين ويجمع أيضًا على ورشان ، بكسر الواو على غير قياس .

وهو مثل كروان بكسر الكاف جمع كروان الطائر المعروف .

وأما اليعاقيب : فجمع يعقوب بالياء المثناة من تحت والعين المهملة وبالباء الموحدة في آخره ، وهو اسم لذكر الحجل كما قاله الجوهرى ، قال: وهو مصروف ، فإن كان في أوله زيادة لأنه ليس فيه علة أخرى بخلاف يعقوب إذا كان علمًا ، وعبر في « الروضة » عن الورشان بالحجل ، وهو تعبير غير مطابق كما تقدم عن الجوهرى .
قوله في « الروضة » : ويحل الكركي .

اعلم أن النwoي لم يحك فيه خلافاً ، والرافعى نقل عن العبادى أنه جعل الكركي من طيور الماء ، ونقل أيضًا عن الصيمري : أن الأبيض من طيور الماء لا يحل أكله لحبث لحمه .

والكركي من الطيور [البيض] ^(١) فلزم تحرىء على وجه لم يذكره في « الروضة » .

قوله : والشراق : قال في « التهذيب » : حلال ، وقال الصيمري : حرام . انتهى .

قد قال بالتحريم أيضًا العجلي شارح « الوسيط » .

قوله : وما ليس على صورة السمك المشهورة يحل في الأصح ، ثم قال : وقد يبني الخلاف على أن اسم السمك والحوت هل يقع على جميعها لاشراكها في الطعام أو لا يقع ؟ قال في « التهذيب » : والأصح الوقوع . انتهى كلامه .

(١) سقط من أ

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً وقد جزم في « المحرر » بأنه لا يقع على خلاف ما صححه البغوي ، فإنه قَسَّم حيوان البحر إلى السمك وغيره ، وتابعه عليه النووي في « المنهاج » ثم إنه صحيح في « أصل الروضة » ما صححه البغوي فوق في صريح الاختلاف .

قوله : وقد ذكرنا في غسل الدهن وجهاً في الطهارة فعلى هذا إذا غسل حل أكله . انتهى .

وتعبيره بقوله : في الطهارة ، أي طهارتة ولم يرد كتاب الطهارة فإن الوجه لم يتقدم فيها بل في كتاب البيع وتوهم النووي أن المراد هو الكتاب المعقود للطهارة فصرح به في « أصل الروضة » وليس كذلك . نعم ذكره هو من زوائد ، في باب إزالة النجاسة وهو من أبواب الطهارة ، إلا أنه لا ينفع في دفع الاعتراض لأنه من جملة كلام الرافعي لا من « زوائده » .

قوله: وهل النهي عن أكل الجلالة نهي تحريم أو نهي كراهة ؟ فيه وجهان : أحدهما : نهي تحريم ، ويحكي ذلك عن أبي إسحاق المروزي ، وبه قال القفال ، ورجحه الإمام وصاحب « التهذيب » والمصنف .

والثاني : نهي تنزية ، وهذا ما أورده أكثرهم . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وخالف في « المحرر » فصحح التحريرم وعبر بالأظهر واستدرك عليه النووي فصحح الجواز .

قوله في « أصل الروضة » : والجلالة هي التي تأكل القدرة ، ثم قيل : إن كان أكثر علفها النجاسة فهي جلالة ، وإن كان الطاهر أكثر فلا ، والصحيح : أنه لا اعتبار بالكثرة بل بالرائحة والنتن فإن وجد في عرفها وغيره ريح النجاسة فيجلالة وإلا فلا . انتهى .

ذكر مثله في « شرح المذهب » أيضاً وخالف في « تحرير التنبية » فجزم بالاول .

قوله من « زوائد » : وإذا عجن دقيقاً بماء نجس وخبزه فهو نجس يحرم أكله ويجوز أن يطعمه لشأة وبغير ونحوهما نص عليه الشافعي . انتهى .

وهذا الكلام يوهم تعذر تطهير الخبز وامتناع أكله ، وليس كذلك بل يظهر بنقعه في الماء حتى يصل إلى أجزائه كما صرخ به في « شرح المذهب » وصرح في « الروضة » بمثله في الآجر والعجين . ولا شك أن الخبز أولى بذلك منها لأن وصول الماء إليه أسهل وأسرع .

قوله : واحتج الشيخ أبو محمد بأنه لو لم يَحلَّ الجنين بذكاة الأم لما جازت ذكاة الأم مع ظهور الحمل ، كما لا تقتل الحامل قصاصاً فألزم عليه ذبح رمكة في بطئها بغلة فمنع ذبحها . انتهى .

وما نقله عن الشيخ أبي محمد في المنع من الرمكة مسألة حسنة وقد أسقطها النووي من « الروضة » .

والرمكة : هي الأنثى من البراذين والجمع رماك ، ور مكان ، وأرماك . كما قاله الجوهري ، ثم ذكر في باب التون : أن البرذون بالذال المعجمة هي الدابة والأنثى برذونة .

قوله : وإن خرج رأسه وفيه حياة مستقرة قال في « التهذيب » : لا يحل بذبح الأم ؛ لأنه مقدور على ذبحه ، ونقل مثله عن القاضي الحسين .

وعن القفال : أنه يحل ، لأن خروج بعض الولد كعدم الخروج بدليل العدة . انتهى .

والأصح على ما ذكره النووي في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » : أنه يحل ، وهذه المسألة ونظائرها قد اضطرب فيها كلام الرافعي والنوعي

وقد تقدم إيضاحه مبسوطاً في كتاب الفرائض فراجعه .

قوله : وفي كراهة كسب الحمامي والحائق وجهان .

قال في « الروضة » : الأصح لا يكره في الحائق والله أعلم ، ولم يتعرض للحمامي وذكر مثله في « شرح المذهب » وتعبيره فيهما مشعر بالكراهة فيه أي في الحمامي .

قوله : وفي كسب الفصاد وجهان قال في « العدة » : الأظهر : أنه لا يكره . انتهى .

والصحيح على ما قاله النووي في « شرح المذهب » وفي « الروضة » من الأصل ما رجحه في « العدة » ، وفيه نظر فإن العلة في الحجام هي مخامرة النجاسة على الصحيح والاحتراز فيها ممكن والتلويث قد يحصل إلا أن مخرج الدم في الحجام متعدد والقصد قد يتعدد بالنسبة إلى أشخاص .

قوله : وكِرْه جماعة كسب الصواغ . انتهى .

لم يذكر الراافي في الصواغ غير هذا الكلام بالكلية وكذا ذكر في « الروضة » و « شرح المذهب » ولا يعرف منه الحكم فإنه لا يدرى هل هو المقول فقط ، أو هو حكاية لوجه مرجوح ؟

والأمر على الثاني فإن الراافي في كتاب « الشهادات » لما عدّ أصحاب الحرف الدينية صلح أن الحائق منهم ، وأن الصائغ ليس منهم ، وكذلك الصياغ حتى تقبل شهادتهما بالاتفاق وتبعه عليه في « الروضة » .

فتلخص أن الصواغ أطيب كسباً من الحائق ، والصحيح في الحائق عدم الكراهة على ما سبق ، فلزم أن يكون هو الصحيح في الصواغ أيضاً بطريق الأولى فتفطن له .

قوله : قال الماوردي : أصول المكاسب الزراعة والتجارة والصنعة ، وأيتها

أطيب؟ فيه ثلاثة مذاهب للناس ، وأشبهها بذهب الشافعي رضي الله عنه : أن التجارة أطيب ، قال : والأشبه عندي أن الزراعة أطيب لأنها أقرب إلى التوكل . انتهى .

واعلم أن الشاشي والعمري قد اقتضى كلامهما حكاية ثلاثة أوجه في المسألة كهذه المذاهب ، واقتصرنا في الترجيح على ما نقله الماوردي عن الشافعي ، وفي « صحيح البخاري » عن النبي صلوات الله عليه قال : « ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده ، وإن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده » ^(١) .

قال التوسي : وهذا الحديث صريح في ترجيح الزراعة والصنعة لكونهما عمل يد لكن الزراعة أفضلها لعموم الفع بها للأدمي وغيره ، وعموم الحاجة إليها .

(١) أخرجه البخاري (١٩٦٦) من حديث المقدام رضي الله عنه .

الفصل الثاني

في حال الاضطرار

قوله : وكل ظاهر لا ضرر فيه يحل أكله إلا المستقدرات الطاهرة كالمني والمخاط ونحوهما فإنها محرمة على الصحيح . انتهى .

وما أطلقه من تحريم المستقدر قد تابعه عليه أيضاً في « الروضة » وقد استثنى المحاملي في « اللباب » الماء المستقدر كالحاصل من غسل الأيدي عقب الأكل ونحو ذلك ، فقال في كتاب الأشربة : وما يستقدر في الغالب فإنه حرام إلا الماء الآجن . هذه عبارته .

والآجن : بجيم مكسورة ونون هو المتغير .

والظاهر : أن العلة في الماء كون الاستقدار عارضاً بخلاف المخاط ونحوه وحيثئذ فيتعدى إلى المأكول أيضاً كاللحم المنن وقد صرحا به .

قوله : ولو عيل صبره وجهده الجموع فهل يحل له المُحرَّم ، أم لا يحل حتى يصل إلى أدنى الرمق ؟ قوله : انتهى .

والظاهر على ما قاله في « شرح المهدب » و « زوائد الروضة » : هو الحل .

واعلم أن الجوهرى قال : تقول : عالني الشيء يعولني أي غلبني وثقل عليّ ، وعال الأمر : اشتد ، وعييل صبرى : أي غالب .

قوله : وهل له أن يزيد على ما يسد الرمق إلى الشبع ؟ ، فيه أقوال : ثالثها : إن كان قريباً من العمران لم يحل وإلا فيحل ، وذهب القفال وكثير من الأصحاب إلى المنع .

وعن صاحب « الإفصاح » ترجيح الجواز ، وبه قال الروياني وغيره ،

هكذا أطلق الخلاف أكثرهم .

وفصل الإمام والغزالى تفصيلاً حاصله : إن كان في بادية وخاف إن ترك الشبع أن لا يقطعها ويهلك وجب القطع بأنه يشبع ، فإن كان في بلد وتوقع الأكل الحلال قبل عود الضرورة ، وجب القطع بالاقتصار على سد الرمق ، وإن كان لا يظهر حصول طعام حلال وأمكنه الرجوع إلى الحرام مرة بعد أخرى إن لم يجد الحلال فهذا موضع الخلاف . انتهى ملخصاً .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضاً ، وفيه أمور :

أحدها : أن الراجح هو الاقتصار على سد الرمق ، فإنه الذي نقله المزني في « المختصر » واختاره .

وقال البندنوجي والقاضي الحسين : إنه مختار الشافعى ، وصححه الرافعى في « المحرر » فقال : إنه أولى القولين ، وصححه أيضاً النووي في كتبه .

الأمر الثاني : أن التفصيل الذى ذكره الإمام والغزالى قد جزم به في « المحرر » ، وقال في « الروضة » : إنه الراجح .

قال الإمام : ولا يجوز أن يكون الأمر على خلاف ذلك ، ولم ينص الشافعى على قولين ولا على أقوال مجموعة ، ولكن نظر الناظرون ترددًا صادفوه في كلامه فحسبوه تردید قول وإنما هو تردید حال ، هذا كلام الإمام .

الأمر الثالث : ليس المراد من الشبع أن يمتهن حتى لا يبقى للطعام مساغ فإن هذا حرام قطعاً ، صرخ به البندنوجي وأبو الطيب وغيرهما ، وجزم به ابن الرفعة .

بل المراد كما قاله الإمام : أن يأكل حتى يكسر سورة الجوع بحيث لا

يطلق عليه اسم جائع .

وقد ذكر الغزالى في « الوجيز » في كتاب النفقات : أن الواجب في نفقة الأقارب ليس هو الشبع ، ولا يكفي ما يسد الرمق ، بل الواجب أن يعطيه ما يستقل به ويتتمكن معه من التصرف والتردد .

وكلام الرافعى يُشعر بما ذكره ولهذا لم ينبه على مخالفته عند شرحه له فأثبتت هناك واسطة بين الشبع وسد الرمق وجعلها هي الواجبة .

الأمر الرابع : أن الرمق: هو بقية الروح كما قاله جماعة ، وقال بعضهم : هو القوة .

وإذا علمت ذلك ظهر لك أن الشد المذكور في مثالنا بالشين المعجمة لا بالمهملة .

قوله : ويجوز أن يتزود من الميضة إن لم يرج الوصول إلى الحلال ، فإن رجاه قال في « التهذيب » وغيره : يحرم .

وعن القفال : أن من حمل الميضة من غير ضرورة لم يمنع ما لم يتلوث بالنجاسة .

وهذا يقتضي جواز التزود عند الضرورة ، وأولى . انتهى .

والأصح كما قاله في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » : جواز ذلك .

قوله : فرع : إذا قلنا له أن يأكل قدر ما يشبع فأكل ما يسد رمقه ، ثم وجد لقمة من حلال لم يكن له أكل الحرام حتى يأكل تلك اللقمة ، فإذا أكلها فهل له الإتمام إلى الشبع ؟ فيه وجهان للقاضي الحسين . انتهى .

والأصح كما قاله في « زوائد الروضة » و « شرح المذهب » : هو الجواز .

قوله : ويجوز للمضطر إتلاف ما ليس بمعصوم كالحربى والمرتد ، ثم قال : وفي الزانى المحسن والمحارب وتارك الصلاة وجهاز . أظهرهما : أن الجواب كذلك . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » ومقتضاه أنه لا فرق بين أن يكون قد ثبت زناه بالبينة أم بالإقرار .

وقد اختلف فيه كلام النووى اختلافاً عجيباً أو ضحته في أوائل الجنایات في الركن الثاني .

قوله : وأما المرأة الحربية وصبيان أهل الحرب ، ففي « التهذيب » : أنه لا يجوز قتلهم ؛ وجوز الإمام وصاحب « الكتاب » قتلهم وأكلهم لأنهم ليسوا بمعصومين وليس المنع من قتلهم في غير حالة الضرورة لحرمة دمهم .
ألا ترى أنه لا يتعلق به الكفاره . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، وجزم في « المحرر » بالمنع ، وصحح النووى في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » و « المنهاج » جوازه كما يشعر به لفظ « الروضة » .

قوله : ولو كان مضطر ذمياً والميت مسلم فهل له أكله ؟ حتى صاحب « التهذيب » فيه وجهين . انتهى .

قال في « شرح المذهب » وفي « الروضة » من « زوائده » : القياس تحريره .

قوله في « الروضة » : وما سوى المسكر من النجاسات يجوز التداوى به كله على الصحيح المعروف . انتهى .

واعلم أن الرافعى عبر بقوله : وما سوى المسكر من المحرمات . فعدل في « الروضة » إلى التعبير : بالنجاسات .

وعبارة الرافعي أعم ، فإن المحرم قد يكون لأجل الاستقدار كالمي ، وقد يكون للإيذاء كالرصاص وغيره من المعادن .

قوله : وفي كتاب ابن كج ذكر وجهين في جواز التبغير بالند الذي فيه خمر لما يصعد منه من الدخان .

وهذا قد سبق نظيره في الطهارات .

قال في « الروضة » من « زوائد » : الأصح جوازه لأنه ليس دخان نفس النجاسة ، وذكر مثله في « شرح المذهب » أيضاً .

وهذا الذي ذكره هنا قد سبق ما يخالفه في حد الخمر ، فذكر ما حاصله : تصحيح المنع ، وقد سبق ذكره هناك فراجعه .

قوله : وإذا أراد المضططر أن يقطع فلقة من فخذه أو من عضو آخر ليأكلها ، فإن كان الخوف فيه كالخوف في ترك الأكل أو أشد لم يكن له قطعها وإن كان دونه فوجهاً :

أحدهما : لا يجوز ، وإليه ذهب صاحب « الإفصاح » وجماعة ورجحه الروياني .

وذهب ابن سريج وأبو إسحاق المروزي والشيخ أبو حامد وغيرهم : إلى الجواز ، ويشبهه أن يكون هو الأظهر . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي قد اختلف كلامه في هذه المسألة ، فقال في « المحرر » : الأصح أنه لا يجوز ، وقال في « الشرح الصغير » : الأظهر الجواز ، وهو الذي صححه النووي في كتبه .

واعلم أن القاضي حسين قد ذكر في « تعليقه » : أن هذين الوجهين من تخریج ابن سريج ، وكلام الرافعي وغيره من المتأخرین يشعر بجزمه بالجواز .

الأمر الثاني : أن هذه المسألة شبيهة بقطع السلعة وقد ذكرها الرافعي بعد باب التعزير ، فقال : إذا كان الخطر في قطعها وفي بقائها أيضاً نظر ، إن كان الخوف في القطع أكبر ، لم يجز القطع ، وإن كان في البقاء أكبر جاز القطع وقيل : لا لأنه فتح باب الروح .

وإن تساوى الخطر جاز القطع على الأصح ؛ إذ لا معنى للمنع في ما لا خطر فيه . هذا كلامه .

فجزم في المضطر عند تساوي الخطرين بالمنع ، وقال في «شرح المذهب» : إنه لا خلاف فيه ، على خلاف ما صححه في قطع السلعة وإذا كان خطر القطع أقل فقد صلح الجواز في السلعة وهو موافق لتصحيح النووي ، ولما في «الشرح الصغير» .

قوله : وإن لم يكن المالك مضطراً فعليه إطعام المضطر وللمضطر أن يأخذ ... إلى آخره .

واعلم أن الغزالى في «الوسيط» قد حكى وجهين في أن المضطر هل يجب عليه استئذان المالك أم لا ؟ وصرح بهما الإمام أيضاً فقال : ولا شك أن الذي يتقتضيه أدب الشرع أن يستأذنه .

وهل يشترط ذلك في الاستباحة ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : لا يشترط لأنه يظهر اشتراط الإذن ، حيث يقدر التحرير لو عدم الإذن .

وإذا كان هذا الطعام مأخوذاً على كل حال فلا معنى لاشتراط الاستئذان .

[والثاني : أنه يجب الاستئذان] ^(١) ، ويحرم الطعام بدونه ، كما لو

(١) سقط من ب .

ظفر الرجل بمال من يستحق عليه الدين فليس له أخذه ، ما لم يظهر الامتناع من عليه أدائه .

هذا لفظه ، وقد جزم الغزالى ، في « الوجيز » بالاستئذان ، فقال : الثاني : إذا ظفر بطعم من ليس بضرف فيطلب منه ، فإن منعه غصبه منه ، فإن دفعه جاز له قتل المالك . هذا لفظه ، ولم يتعرض الرافعى للمسألة .

قوله : وهل يجب على المضطر الأخذ قهراً إذا منعه المالك ؟ فيه خلاف يترتب على الخلاف في أنه : هل يجب عليه الأكل من الميتة ؟ وأولى بأن لا يجحب ، لأن عقل المالك ودينه يعثنه على الإطعام ، وهو واجب عليه ، فجاز أن يجعل الأمر موكولاً إليه ويكتفي به . انتهى .

والذهب كما قاله في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » : أنه لا يجب القتال كما لا يجب دفع الصائل .

قوله : وإذا أوجبنا على مالك الطعام بذلك فالمشهور : أنه لا يلزمه ذلك إلا بالعرض .

وفرقوا بينه وبين ما إذا خلص مشرفاً على الهايكل بالوقوع في ماء أو نار [حيث]^(١) لا يثبت عليه أجراً المثل بأن هناك يلزم التخلص وإن لم يكن للمشرف على الهايكل مال ولا يجوز التأخير إلى تقدير الأجرا وتقريرها ،وها هنا بخلافه .

وسوى القاضي أبو الطيب وغيره بينهما فقالوا : إن احتمل الحال هناك موافقته على أجراً يبذلها أو بمثلها ، لم يلزم تخلصه حتى يقبل الأجرا . كما في المضطر ، وإن لم يتحمل الحال التأخير في صورة المضطر فأطعمه ، لا يلزم العوض فلا فرق إذن . انتهى كلامه .

(١) سقط من أ .

فيه أمران :

أحدهما : أن تعييره بقوله : وإن لم يكن للمشرف على الهلاك مال .
 صوابه العكس وهو أن يقول : وإن كان للمشرف على الهلاك مال ، فإن التعبير الواقع في الرافعي ، يقتضي أنه لا يجب الإطعام إذا لم يكن للمضطر مال وليس كذلك ، فإن التخلص والإطعام واجبان عند عدم المال بلا شك ، وإنما يختلفان عندها ، ولا القائلين بالاختلاف في حال وجوده ، ففي الإطعام : لا يجب حتى يأخذ ، وفي التخلص : يجب خوفاً من الفوات .

الأمر الثاني : أن النووي قد ذكر من « زوائد » في آخر الجمالة عرضاً فيه مخالفة للمذكور هنا ، وقد ذكرته هناك فراجعه .

قوله : ثم إن بذل المالك طعامه بأكثر من ثمن المثل ، والتزمه ففي ما يلزمته وجوه :

أقيسها : يلزمها المسمى .

والثاني : ثمن المثل ، لأنه كالمكره .

والثالث : إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليساره لزمه ، وإلا فلا ، ثم قال بعد ذلك : وهذا الخلاف إنما هو في من عجز عن الأخذ قهراً ، فإن لم يعجز لزمه المسمى بلا خلاف . انتهى كلامه .

وما ادعاه من عدم الخلاف سبقه إليه الإمام الغزالى فقلده هو فيه وتابعه عليه النووى أيضاً في « الروضة » و « شرح المذهب » وليس كذلك ، فقد صرخ ابن الصباغ في « الشامل » بحكایة الوجهين في هذه الصورة أيضاً ، وجعل إراقة الدم مقام العجز وهو كلام واضح ، ونقله عنه أيضاً في « الكفاية » .

قوله : وإن لم يكن مع المضطر مال سواه كان له مال في موضع آخر ألم يكن فعل المالك والحالة هذه البيع بنسية . انتهى .

وما ذكره من وجوب البيع نسية تابعه عليه في « الروضة » ولا وجه له ، بل الصواب الجاري على القواعد : أنه يجوز للمالك بيعه بشمن حال غير أنه لا يطالب به في هذه الحالة لإعساره وفائدة الحلول جواز المطالبة عند القدرة ثم فرع الرافعي بعد هذا بنحو صفحة على [ما ذكره]^(١) هنا إذا كان المال المحجور عليه فإن الولي يفعل في ذلك المال ما قلنا أنه يفعله في ماله .

ثم قال : وهذه إحدى الصور التي يجوز فيها بيع مال الصبي نسية .

قوله : ولو اشتري بأكثر من ثمن المثل فيه أوجه :

أقيسها : لزوم المسمى ، وقيل : يلزمـه قيمته وقيل : إن كانت الزيادة لا تشـق على المضـطـر لـيسـارـه لـزـمـتـه وإـلاـ فلاـ .

ثم قال : فإن اشترـاهـ بالـزيـادـةـ معـ إـمـكـانـ الـأـخـذـ قـهـراـ ،ـ فـهـوـ مـخـتـارـ فيـ الـالـتـزـامـ ،ـ فـيـلـزـمـهـ بلاـ خـلـافـ وـالـخـلـافـ السـابـقـ مـحـلـهـ إـذـاـ عـجـزـ عنـ الـأـخـذـ قـهـراـ .ـ اـنـتـهـىـ كـلـامـهـ .ـ

وما ذكره من نفي الخلاف والحالة هذه ، قد ذكره الإمام والغزالى فقلدهما فيه الرافعي ثم النووي في « الروضة » و « شرح المذهب » ، وليس كذلك فإن الخلاف ثابت في هذه الصورة أيضًا .

كذا صـرـحـ بـهـ ابنـ الصـبـاغـ فيـ «ـ الشـامـلـ »ـ وـجـعـلـ التـنـزـهـ عنـ إـرـاقـةـ الدـمـ قـائـمـًاـ مقـامـ العـجـزـ وـهـوـ حـسـنـ منـقـاسـ .ـ

قوله : ولو أطعـمـهـ المـالـكـ وـلـمـ يـصـرـحـ بـالـإـبـاحـةـ لـمـ يـجـبـ شـيـءـ ،ـ وـقـيلـ :

(١) سقط من أ .

يجب .

ثم قال : إذا أوجر المالك طعامه للمضطر قهراً أو أوجره وهو مغمى عليه فهل يستحق القيمة عليه ؟ فيه وجهان : أحستهما : نعم ، لأنه خلصه من الهلاك فصار كما لو عفي عن القصاص . انتهى كلامه .

ذكر في « الروضة » مثله وفيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي استحسنه الرافعي قد جزم به في كتاب الضمان في الكلام على الرجوع .

الثاني : أن الصحيح في ما إذا عفي مستحق القصاص ولم يصرح بالمال أنه لا شيء له على خلاف المذكور هنا .

فإن المذكور هنا محله إذا صرخ بالعفو على الديمة فقياسه أن يكون الإطعام مثله حتى لا يستحق إلا إذا صرخ به .
والظاهر الأول ، وأنه مخالف لما في الجنایات .

قوله : ولا يجب البذل للحربى والمرتد والكلب العقور .

ثم قال : ولو كان له كلب غير عقور جائع وله شاة فعليه ذبح الشاة لإطعام الكلب . انتهى .

وما ذكره هنا في الكلب تابعه عليه في « الروضة » ، وهو صريح في أن غير العقور محترم لا يجوز قتله ، والمسألة قد ذكرها في مواضع كثيرة ، واختلف فيها كلامهما ، وقد أوضحت ذلك في باب التيمم فراجعه .

قوله : وحكم الثمار الساقطة من الأشجار حكم سائر الثمار إذا كانت داخل الجدار فإن كانت خارجه فكذلك إن لم تجر عادتهم بباب احتتها ، فإن جرت فهل تجري العادة المطردة مجرى الإباحة ؟ وجهان . انتهى .

والأصح : جريانها مجرها ، كما صحة في « شرح المذهب » و « زوائد

الروضة » ، ثم قال في « الروضة » عقبه من « زوائد » : إنه يجوز أن يأكل من طعام قريبه وصديقه بغير إذنه إذا غالب على ظنه أنه لا يكره ذلك فإن شك فحرام بلا خلاف .

وذكر في الوليمة وجهين في ما إذا أخذ الضيف مقداراً يشك في رضى المالك به .

قوله : وإن وجد المضطر ميته ولحم صيد ذبحة هو وهو محرم أو ذبحة محرم آخر ، فإن لم نجعل ما ذبحة المحرم ميته فلحم الصيد أولى منه ؛ لأنه ظاهر ولا يتقدم الأكل بمحصور آخر ، ولأن تحريم الصيد يختص بالحرم ، وتحريم الميته عام .

وقيل : الميته أولى ، وقد يؤخذ مما سبق أن استثناء الميته عند الاضطرار منصوص عليه بخلاف الصيد فإنه بالاجتهاد . انتهى كلامه .

وما ذكره صحيح في ما إذا كان هو الذابح في حال الإحرام ، وأما في ما إذا ذبحة محرم آخر ، وقلنا : لا يكون ميته ، فقد ذكره أيضاً في « الشرح الصغير » بأبسط مما قاله هنا ، وليس بصحيح لا في الحكم ولا في التعليل ، لأن مذبوح المحرم إذا لم نجعله ميته يكون حلالاً على الحلال والحرام فتوضيح الرافعي تحريره عليه فذكر فيه ما ذكر .

قوله : ولو وجد ميتين إحداهما من جنس ما يؤكل كالشاة والأخرى مما لا يؤكل كالذئب فيتخير أو يأكل مما يؤكل جنسه ؟ فيه وجهان .

ويجري مثلهما في ما إذا كانت إحداهما ظاهرة في الحياة والأخرى نجمة . انتهى .

قال في « شرح المذهب » : أصحهما ترك الكلب والتخيير في الباقي . وهذا التفصيل الذي صححه ليس وجهاً ثانياً ، فضلاً عن تصحيحه .

وقد عبر في «الروضة» بعبارة هي أخف في الاعتراض ، فقال : ينبغي أن يكون الراجح كذا وكذا .

قوله : ولو تنجس الخف لأجل خرزه بشعر الخنزير فغسل سبعاً إحداين بتراب ظاهره دون باطنه ، وهو موضع الخرز .

وقيل : كان الشيخ أبو زيد يصلي في الخف النوافل دون الفرائض فرأجعه القفال فيه فقال : الأمر إذا ضاق اتسع وأشار إلى كثرة النوافل . انتهى .

قال في «الروضة» : الظاهر أنه أشار إلى أن هذا القدر مما تعم به البلوى ويتعدى أو يشق الاحتراز منه فعفي عنه مطلقاً وإنما كان لا يصلى فيه الفريضة احتياطاً لها ، وإنما فمقتضى كلامه العفو فيهما ولا فرق بين الفرض والنفل في اجتناب النجاسة .

وما يدل على صحة هذا التأويل أن القفال قال في «شرح التلخيص» : سألت أبي زيد عن الخف يخرز بشعر الخنزير هل يجوز الصلاة فيه ؟ فقال : الأمر إذا ضاق اتسع .

قال القفال : مراده أن الناس حاجة إلى الخرز به فللضرورة جوزنا ذلك .

قوله : وفي «تعليقة» لإبراهيم المروزي : أنه وردت أخبار في النهي عن الطين الذي يؤكل ولا يثبت شيء منها ، وينبغي أن يحكم بالتحريم إذا ظهرت المقدرة فيه ، وإن لم ثبت الأخبار . انتهى .

قال في «الروضة» : قطع صاحب «المذهب» وغيره بتحريم أكل التراب .

قوله : ويكره أن يأكل من الطعام الحلال زيادة على الشبع ويقدر الطعام انتهى كلامه .

تقول قدرت الشيء بكسر الذال المعجمة تقدرته واستقدرته ، أي كرهته ، كما قال الجوهري .

والكراهة لا تتعلق باختيار الشخص حتى نحكم عليها بالكراهة الشرعية ، وકأن مراد الرافعي بها هو إظهار ذلك ؛ ولهذا عبر في « الروضة » بقوله : يعييه ، عوضاً عن قول الرافعي : يقذره .

قوله: ويستحب أن يقول بعد الفراغ: الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً .
انتهى .

وهذا التحميد قد تابعه عليه في « الروضة » وهو ناقص شيئاً ، وتمته مذكورة في باب الوليمة من « زوائد » فراجعه .

كتاب السبق والرمي

وفيه بابان : الأول : في المسابقة

قوله : ولا يجوز عقد المسابقة على ما لا ينفع في الحرب ، كاللعب بالشطرنج والخاتم والصواريخ ورمي البنادق والجلاهق والوقوف على رجل واحدة . انتهى .

تبعه في « الروضة » عليه ومقتضاه : أن الرمي بالجلاهق غير الرمي بالبنادق وليس كذلك .

فإن الجلاهق : هو بضم الجيم اسم للبنادق اللين الذي يرمى به ، وقوسه يقال له : قوس الجلاهق ، كذا ذكره الجوهري وغيره ، وكذلك أصحابنا في كتاب الوصية .

قوله : وفي الحديث : أنه سابق بين الخيل المضمرة من الحفباء إلى ثنية الوداع ^(١) . انتهى .

الحفباء : بحاء مهملة مفتوحة ثم فاء ساكنة ثم ياء مثناة من تحت ، ثم ألف ممدودة ، وقال صاحب « المطالع » : بمد وقصير .

وضبطه بعضهم بضم الحاء وهو خطأ ، وقال الحازمي : يقال فيها أيضًا : الحفباء بتقديم الياء على الفاء .

ونقله النووي في « تهذيبه » ، ثم ذكر أيضًا ألفاظاً منها :

فراءة الفرس ، والفراءة بفاء مفتوحة وراء مهملة [هو الحذق بالشيء . تقول فره يفره بالضم فيهما فهو فاره أي : حاذق .

(١) أخرجه البخاري (٤٠) ومسلم (١٨٧٠) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

ومنها : [١) ما ذكره في أسماء المتسابقين ، قال : فيقال للذى يجيء أولاً: السابق والمجلبي .

ويقال للثانى : المصلى .

وللثالث : المслиي وكذا التالى .

وللرابع : التالى ، وقيل : المرتاح .

وللخامس : العاطف ، وقيل : المرتاح .

وللسادس : المرتاح المرماح ، وقيل : العاطف .

وللسابع : المرمل ، وقيل الحظى .

[وللثامن : الحظى ، [٢) وقيل : المرمل .

وللتاسع : اللطيم .

وللعاشر السكيت ، كالمكيت ، ويقال له : الفسكل .

وكانوا لا يعتدون بما يجيء بعد ذلك . انتهى .

لم يذكر هذه الأسماء في « الروضة » ، ولا بد من التعرض إلى ضبط ألفاظها فنقول :

المجلبي : بالجيم المفتوحة وتشديد اللام .

والمصلى : المذكور أولاً بالصاد والمذكور ثانياً بالسين المهملة .

والتالى : بالمثناة من فوق واللام .

والمرتاح : ببيم مضمومة وراء ساكنة وبالمثناة من فوق والخاء المهملة .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

والعاطف : بالعين والطاء المهملتين والفاء .

والمرمل : ببيم مضمومة ثم راء مفتوحة ثم ميم مشددة مكسورة .

والحظي : بحاء مهملة مفتوحة وظاء معجمة مشالة .

واللطيم : بلام مفتوحة وطاء مهملة .

والسكيت : بسين مهملة مضمومة ، على أنه مصغر وفي آخره تاء مثناة من فوق .

والفسكل : بفاء مكسورة وسين مهملة ساكنة وكاف مكسورة وباللام .

وفي أسمائهم خلاف آخر لم يذكره الرافعي .

وقد نظم بعضهم أسماءها على القول المشهور في بيتين تقريرًا للاستحضار وهما :

مصلبي وتالي ثم يتلوه بارع ورباصهم أما المجلبي فأول

وبعد حظي عاطف ثم بعده مرملهم ثم السكيت ففسكل

قوله : ويشترط أن يكون المال معلوم الجنس والقدر . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا مع أنه لابد من العلم بالصفة .

قوله : وإن سابق ثلاثة وشرط للثاني مثل ما شرط للأول فوجهان :

أصحهما : الجواز ؛ لأن كل واحد منهما والحالة هذه مجتهد ويسعى أن يكون سابقًا أو مصلبيًا . انتهى .

وما ذكره هنا من تصحيح الجواز قد ذكر مثله في « الشرح الصغير »

أيضًا ، وخالف في « المحرر » فجزم بالبطلان ، وتبعه في « الروضة » و« المنهاج » على هذا الاختلاف .

قوله : وعن أبي إسحاق : أنه إذا تباعد النوعان كالعتيق والهجين من

الخيل ، والنجيب والنجبا من الإبل لم يجز ، وهذا ما ينبغي أن يرجح وإن كان الأولأشهر لأنه إذا تحقق التخلف فأي فرق بين أن يكون لضعف عارض أو لرداءة النوع . انتهى كلامه .

واعلم أن تجويز الأكثرين المسابقة بين العتيق والهجين والنجيب والنجباء محمول كما قاله في «الروضة» على ما إذا لم يقطع بسبق العتيق والنجيب . قوله : الأشياء التي جرى ذكرها في كلام الأصحاب لاعتبار السبق بها ثلاثة [أوجه :]^(١) .

أحدها : الكتد: بفتح التاء وكسرها والفتح أشهر وهو مجمع بين الكتفين بين أصل العنق والظهر .

الثاني : الأقدام : وهي القوائم .

والثالث : الهدادي : وهو العنق .

ونقل الإمام اختلاف وجه أو قول في أن الاعتبار بالهدادي أم موقع الأقدام والكتد . ورأي الثاني أقيس .

والذي يوجد لعامة الأصحاب في كتبهم : أن الاعتبار في الإبل بالكتد - وفي الخيل بالهدادي ، لأن الإبل ترفع عنانقها في العدو فلا يمكن اعتباره والخيل تمدها .

قالوا : فإذا استوى الفرسان في خلقة العنق طولاً وقصرأ فالذى تقدم بالعنق أو بعضه هو السابق ، فإن اختلفا وتقدم الأطول نظر : إن تقدم بقدر زيادة الخلقة فما دونها فليس بسابق ، فإن تقدم بأكثر سابق .

وحُكِيت أوجه أخرى ضعيفة ، إلى أن قال : والوجه السابع المعتبر ما شرطاه من الكتد أو الهدادي . انتهى .

واعلم أن ما رجحه الرافعي من اعتبار الكتد في الإبل مقتضاه : أنه لا فرق فيه بين الإطلاق وغيره حتى لو شرطاً غيره لبطل العقد . وتعليله بأنه لا يمكن اعتبار الأذن صريحاً في ذلك .

وقد ذكر السنوي أيضاً في « الروضة » هذا التعليل ، ثم استدرك على الرافعي في حكاية الوجه السابع ، فقال : قلت : هذا السابع ضعيف . لأن المسألة في ما إذا أطلقنا . والله أعلم .

وما ذكره من « زوائده » من تخصيص ذلك بحالة الإطلاق هو ما ذكره الشيخ في « المذهب » ، لكن طريقة الرافعي صريحة في منافاته وإلا فليصرح ببطلان التوجيه المذكور أولاً .

قوله : ولو سبقاً على أن من سبقاً منهما بأقدام معلومة على موضع كذا ، فله السبق .

حكى الأئمة عن صاحب « الإفصاح » : أنه يجوز ؛ لأنهما يتحاطان ما تساوايا فيه ويجعل السبق لمن تقدم بالقدر المشروع فهو كشرط المحافظة في المناresse ، وأنه قال :رأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطل العقد به ، ولا أعرف له وجهاً .

قال الرافعي : والغاية في الحقيقة نهاية الأقدام من ذلك الموضع ، لكنه شرط في الاستحقاق تخلف الآخر عنها بالقدر المذكور . انتهى ملخصاً .

والصحيح ما قاله صاحب « الإفصاح » ، [فقد صححه النwoي في « أصل الروضة » ولم يتبه على أنه من « زوائده » بل أدخله في كلام]^(١) الرافعي فتفطن له ، والسائل : إنه لا يعرف للمانع وجهاً هو صاحب « الإفصاح » لا الرافعي ، كذا بينه البغوي في « التهذيب » ، ومنه أخذ

(١) سقط من أ.

الرافعي المسألة .

وقد ذكر الرافعي في الشرط السادس من الباب الثاني : أنه يشترط تساوي المتناضلين والمتتسابقين في الموقف حتى لو شرطاً أن يكون موقف أحدهم أقرب لم يجز .

وما ذكره هناك غير ما ذكره هنا فاعلمه .

قوله : فلو تسابقا على عوض كان في الذمة ، قال في « البحر » : فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز الاعتراض عنه . انتهى .

تابعه في « الروضة » على إطلاقه ، لكن قد تقدم في الكلام على المبيع قبل القبض [أن الدين إن لم يكن ثمناً ولا مثمناً كدين الغرض والإتلاف جاز الاعتراض عنه بلا]^(١) خلاف ، وإن كان مثمناً كدين السلم لم يجز بلا خلاف ، وإن كان ثمناً فهذا موضع الخلاف .

والخلاف فيه قولان :

الجديد : جوازه .

والقديم : منعه .

فتلخص [أيضاً]^(٢) أن الخلاف ليس كما أطلقه .

وأنه أيضاً قولان لا وجهان كما قاله ها هنا .

قوله : ولو شرط - أي المخرج - على السابق أن يطعم السبق أصحابه فسد العقد كما لو باعه شيئاً بشرط أن لا يبيعه .

وعن أبي إسحاق وجہ أنه یصح العقد وقبوله الإطعام عدہ إن شاء وفی بها وإلا فلا . انتهى .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

قال النووي من « زوائدہ » : وفي « التنبیه » وجهاً آخران :

أحدهما : يفسد المسمى ويجب عوض المثل .

والثاني : يصح العقد ولا عوض . هذا لفظه .

فاما الوجه الأول : فمذكور في « التنبیه » كما ذكره ، وعلته أن المسابقة لما جاز عقدها بالمال تارة وبعدمه أخرى لم يكن العوض ركناً فيها ، وحيثئذ فلا يقتضي فساده بطلان العقد بل الرجوع إلى عوض المثل قياساً على النكاح .

أما الوجه الثاني : فعبارة « التنبیه » فيه : وقيل : يصح ، ولا يستحق شيئاً .

وقد شرحه ابن الرفعة وغيره : على أن المعنى أنه لا يستحق المشروط له الطعمة شيئاً ، وهذا هو وجه أبي إسحاق .

وأما تصريحة بأنه لا عوض له فليس في « التنبیه » ، وكيف يعقل القول بهذه المعاملة ؟ وما فائدة صحة العقد على هذا التقدير ؟

قوله : والمسابقة على المال عقد لازم في أصح القولين كالإجارة .

والثاني : أنها جائزة كالمجحولة ، ثم قال : فإن فرعنا على الجواز فيجوز الزيادة والنقصان في العمل وفي المال بالتراضي . انتهى .

تابعه في « الروضة » هنا على تقييد الجواز بالتراضي ومقتضاه : أنه ليس لأحدهما الانفراد به ، وليس كذلك بل الأصح جوازه لأحدهما ، فإن لم يرض صاحبه بالزيادة فليفسخ ، وقيل : يمتنع مطلقاً ، وقيل : إن كان متساوياً أو فاضلاً فله الزيادة ، وإن كان مفضولاً فلا .

كذا ذكره الرافعي في آخر الباب الثاني وحكى معه وجهاً آخر أنه لا

يجوز بالتراضي وبَيْن ضابط الفاضل والمفضول .

قوله : فإن قلنا باللزوم فلا يجوز لهما الزيادة في العمل والمال ولا النقص منه . إلا أن يفسخا العقد الأول ويستعنوا عقداً .

فإذا سبق أحدهما فلا بد من قبول الآخر بالقول ولا يكلف المسبق البداءة بتسليم المال بخلاف الأجرة . انتهى .

ومراده بقوله : فإذا سبق أحدهما - أي أخرج المال - وهو بتشديد الباء وكذا مراده بالسبق أيضاً فتفطن له ، وهو أيضاً بالتشديد .

والسبق : بفتح الباء المخففة هو المال ، وهاتان اللفظتان مأخوذتان من ذلك .

ويوضح أن المراد ما ذكرناه : أنه لما ذكر قول الجواز وفرع عليه وذكر بعده قول اللزوم أعاد تلك الفروع بعينها على الترتيب المذكور على قول الجواز حاكماً عليها بنقيض ما حكم به أولاً .

ذكر هذا في مقابلة إخراج المال من أحدهما فتأمله يتضح لك .

وقد عبر في « الروضة » بقوله : ولا يكلف المسبق البداءة بتسليم المال على المذهب . هذا لفظه وتعبيره : بالذهب يقتضي أن الرافعي حكى طريقين ، وليس كذلك ، بل حكى فيه وجهاً باللزوم ، وقال : إنه ضعيف . ذكر ذلك في الكلام على ألفاظ « الوجيز » .

واعلم أن ما ذكرناه في امتناع الزيادة في العمل والمال محله إذا قلنا : إن المسابقة لا يثبت فيها خيار المجلس ، ولكننا إذا قلنا : بأنها لازمة إلحاقاً لها بالإجارة ، فيجيء فيها الخلاف المذكور في الإجارة .

كذا ذكره الرافعي في كتاب البيع ولم يتعرض له هاهنا ، وقد ذكره أيضاً الشيخ في « التنبيه » هنا .

قوله : ويجوز ضمان السبق والرهن به على هذا القول على هذا المذهب وقال القفال قولان ، كضمان ما لم يجب ، وجرى سبب وجوبه ، فاما بعد الفراغ من العمل ، فيجوز ضمان السبق والرهن به على القولين ، وإن كان السبق عيناً لزم المسبوق تسليمها ... إلى آخره .

وما ذكره من جواز أخذ الرهن والتضمين على قول اللزوم مقتضاه أنه لا فرق في العوض بين الدين والعين ، وهو في الدين مسلم ، وأمنا العين فالأصح على قاعدة الرافعي : أن الرهن لا يصح ، وأما الضمان : فإن التزم الضامن تسليم العوض وهو في يد باذله صح على الصحيح .

والخلاف فيه كالخلاف في كفالة البدن ، وإن ضمن قيمتها لو تلفت لم يصح في أصح الوجهين ، هذا حاصل ما ذكره الرافعي في كتاب الضمان ومسألة الرهن مذكورة في كتاب الرهن .

الباب الثاني

في الرهن

قوله : ولو أخرج الحزبان المال وشرطوا الواحد من الحزبين أنه إن كان الفوز لحزبه شاركهم فيأخذ المال ، وإن كان الفوز للحزب الآخر فلا شيء على ذلك الواحد إنما يغrom أصحابه ، فيه وجهان : أحدهما : أنه يجوز ويكتفى بذلك الشخص محللاً .

وأصحهما : على ما ذكر الإمام المنع لأن المحلل هو الذي إذا فاز استبد بالمال .

وها هنا لا يستبدل بل يوزع المال عليه وعلى أصحابه لو فازوا ، ولو اشتمل كل حزب على محلل على الصورة المذكورة ، قال الإمام : فيه وجهان مرتباً .

وهذه الصورة أقرب إلى الصحة ؛ لاشتمال كل حزب على محلل ، والوجه المنع ، فإن المحلل من يفوز بالإسباق . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر المسألة من أن الوجه المنع هو من تتمة كلام الإمام ، فإنه هكذا ذكر ، وصرح بنقله عنه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : قال الإمام : والوجه المنع . هذا لفظه .

والمعنى : أن هذه الصورة وإن كانت أولى بالصحة من الأولى ، فإن المتوجه فيها أيضاً هو البطلان .

إذا علمت ذلك فقد صحق النووي في « أصل الروضة » البطلان في المسئلين كما رجحه الإمام .

قوله : إذا اختلف جنس ما يرمي به كالسهام مع المزاريق ففيه وجهان

كالوجهين في المسابقة على الإبل والخيول ، وهذه الصورة أولى بالجواز ، ومع هذا فالجواب في «المذهب» : المنع . انتهى .

وليس في كلامه ترجيح لشيء في مسألتنا وهي السهام مع المزاريق ، وإن كان الصحيح الامتناع بين الخيول والإبل ، فإن حاصل كلامه : أنّا إن منعناه هناك فها هنا وجهان ، فإن هذا هو معنى الأولوية ، والراجح : عدم الصحة ، كذا رجحه الرافعي في «الشرح الصغير» ، فقال : ومع هذا الترتيب فالأشبه المنع . هذا لفظه .

وصححه أيضًا النووي في «الروضة» ولم يُبَرِّئْ فيها على أنه من «زوائد» فتفطن له .

قوله : ولو شرطاً ما هو واجب في العادة كإصابة الحاذق واحدًا من مائة ففي صحة العقد وجهان : أحدهما : المنع ، فإن هذه المعاملة ينبغي أن يكون فيها خطر ليسعى العائد ويتألق في الرمي بمشاهدة رميته . انتهى كلامه .

ولم يذكر الرافعي في هذه المسألة غير ذلك وهو كلام ناقص وغير منتظم .

أما نصاته : فواضح وهو عدم التعرض للوجه الثاني وتعليقه وهو أولى بالذكر من الأول ؛ إذ هو أخفى توجيهًا منه خصوصًا مع تعبيره بقوله : أحدهما ، فإنه يستدعي ذكر الثاني ، وأما إذا أرادوا الاقتصار على تعليل واحد فيقتصرن على الأغمض ، ويعبرون بقولهم مثلاً : وجّه المنع أو نحوه .

وأما عدم انتظامه : فلأن ما ذكره في آخر كلامه من مشاهدة الرمي فلا ارتباط له بهذا الكلام فتأمله ، وقد ظهر الساقط بحمد الله تعالى من كلام

«الشرح الصغير» فإنه قال : وجه المنع أن هذه المعاملة ينبغي أن يكون فيها خطر ليسعى العاقد ويتأنق في الرمي ، والأصح عند جماعة منهم صاحب الكتاب « أنه يصح ليتعلم الرمي بمشاهدة رميه . هذا لفظه .

فسقط من الرمي إلى الرمي من الناقل من المسودة فلزم إخلال النسخ . وقد اختصر النووي في « الروضة » هذا الموضع باجتهاده فإنه قال : ففي صحة العقد وجهان :

وجه المنع : أن هذا العقد ينبغي أن يكون فيه خطر ليتأنق الرامي في الإصابة . هذا لفظه . فأسقط من التعليل الكلام المشكك وهو الأخير وأتى بالباقي بصيغة لا تستدعي ذكر الوجه الآخر وتعليقه .

ولقد أحسن في هذا الاختصار حيث لم يتفطن للساخط ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها .

وسكت الرافعي والنوعي عما لو شرط إصابة تسعه من عشرة ، وقد ذكرها الشيخ في « التنبيه » وحکى فيها قولين وصحح المنع كما في عشرة من عشرة .

قوله : ثم كتب كثير من الأصحاب ، منهم العراقيون مصريحة بأنه لابد من ذكر ما يريدان من القرع والخزق والخسق بخلاف الخرم والمرق فإنهم لم يشترطوا التعرض لهما .

والأصح ما ذكره البغوي : أنه لا يشترط ، قال : وإذا أطلقا العقد حمل على القرع ، لأنه المتعارف . انتهى .

تابعه في « الروضة » على نقله عن العراقيين .

واعلم أن الماوردي والشيخ في « المذهب » بعد ذكرهما اشتراط بيان

الثلاثة، قالا : إنهم إذا أطلقوا حمل على القرع ، وهو يدل على أن التنصيص عليه إنما هو على جهة الأولوية عندهم .

قوله : وهل يشترط في العقد التعرض للمحاطة والمبادرة ؟ فيه وجهان : أحدهما : نعم ويفسد إذا ترکاه لتفاوت الأغراض فإن من الرماة من يكثر الإصابة في الابداء ويقل في الانتهاء ، ومنهم من هو على عكس ذلك .

وأصحهما على ما ذكر صاحب « التهذيب » : أنه لا يشترط ، وإذا أطلقوا حمل العقد على المبادرة ، فإنها الغالب من المناضلة . انتهى كلامه .

وقد اختلف تصحيحة في هذه المسألة ، وصحح في « الشرح الصغير » : أنه لا يشترط ، وعَبَرَ : بالأصل ولم ينقله عن صاحب « التهذيب » .

وجزم في « المحرر » بأنه يشترط ، فقال : فصل : يشترط في المناضلة بيان أنهم يرميان مبادرة أو محاطة ^(١) . هذا لفظه .

واختلف كلام النووي أيضًا في هذه المسألة ، فإنه جزم في « المنهاج » بمثل ما في « المحرر » وأطلق في « الروضة » تصحيح عدم الاشتراط .

قوله : ويشترط العلم بالمسافة التي يرميان إليها فإن لم يكن للرماة عادة فلا بد من البيان في العقد وإن كان بأن كانت لهم هناك مرمى معروفة فقولان الراجح : أنه لا يشترط وينزل العقد على العادة .

ثم إن المسألة على ثلاثة أقسام :

أحدها : ما يتوقع فيه الإصابة ويقرب .

والثاني : ما تمنع الإصابة فيها في العادة .

والثالث : ما تعتذر فيها الإصابة . انتهى ملخصاً .

(١) بأن تزيد إصابته على إصابة الآخر بكذا .

أحدهما : أنه أهمل قسمًا رابعًا وهو : أن تتحقق الإصابة ، وقد ذكر هذه الأقسام الأربع في عدد الإصابة ، وقد سبق الكلام على هذا القسم بعينه في المسألة السابقة ، وذكرت فيه ما حاصله : رجحان الجواز فراجعه ، ولا شك أن الرافعي تركه نسياناً .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد ذكر قبل ذلك أوجهًا في اشتراط بيان النوع الذي يرمي به كالقوس العربي والفارسي .

أصحها وهو قول الأكثرين : أنه لا يشترط سواء غالب نوع أم لا ؛ لأن الاعتماد على الرامي ، وحينئذ فإن اتفقا على نوع وإلا فيفسخ العقد .

والثاني : يشترط مطلقاً لاختلاف الغرض .

والثالث : إن غالب في موضوعهما نوع صح ونزل العقد عليه وإلا فيبطل . انتهى .

وهذا مخالف لما ذكره في اعتبار المسافة بالنسبة إلى العادة ، وذكر أيضاً أنه هل يجب التعرض لعدد الرمي أم لا ؟

قال : فيه ثلاثة أوجه :

الأكثررون : على أنه يشترط لأن الإرشاق في المناضلة كالميدان في المسابقة .

والثاني : لا لأنه قد لا يستوفي الإرشاق لحصول المقصود في خلالها .

والثالث : يشترط ذلك في المحاطة لينفصل الأمر وتتبين نهاية العقد دون المبادرة . انتهى .

فقد صحق هنا اشتراطه مطلقاً من غير تعرض لعادة غالبة وغيرها .

وذكر أيضاً نحوه في اشتراط البادي منهما ، ولم يصحح الرجوع إلى

العادة في تقديم مخرج المال ، وهما أيضًا مخالفان لكل واحد من الموضعين السابقين .

والمتجه استواء الجميع في اعتبار العادة أو عدم اعتبارها .

واعلم أن صاحب « التنبية » ذكر أن الرمي ينقسم إلى محاطة ومبادرة ومناضلة ، ولم يتعرض الرافعي وغيره إلا للقسمين الأولين .

قوله في « الروضة » في الكلام على المسألة : وهل يشترط ذكر الإرشاق وبيان عددها في العقد ؟

فيه طريقان : المذهب وبه قطع عامة الأصحاب ، يشترط ذلك في المحاطة والمبادرة ليكون للعمل ضبط .

والإرشاق في المناضلة كالميدان في المسابقة .

والثاني : فيه ثلاثة أوجه ذكرها الإمام ، وجعلها الغزالى أقوالًا : أحدها : هذا ... إلى آخر ما سبق .

واعلم أن الغزالى - رحمه الله - في « البسيط » قد جعل الخلاف أوجهًا كما جعله إمامه .

وإنما ذكر أنها أقوال في « الوسيط » خاصة ، وهكذا قيد الرافعي أيضًا ، وأطلق النبوي النقل عنه فتوجه عليه الاعتراض .

على أن الغزالى وغيره من المراوازة لم يلتزموا التفرقة بين الأوجه والأقوال ، وإنما اللفظان عندهم لطلق الخلاف ، فليس في التعرض لهذا النقل عنه كثير فائدة .

قوله : الثاني : ذهب الإمام والغزالى إلى أنه لا يشترط استواء الحزبين في العدد حتى يجوز أن يكون أحد الحزبين ثلاثة والثاني أربعة والإرشاق مائة ، وأن يرمي رجل رجلين أو ثلاثة فيرمي هو ثلاثة وكل واحد منهم واحد .

وذهب صاحب «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما إلى المنع . انتهى ملخصاً .

ذكر نحوه في «الروضة» أيضاً ، والأكثرون على ما صرخ به الرافعي في «الشرح الصغير» على الثاني .

قوله : ولا يجوز أن يعقدا قبل تعيين الأعونان ولا وجه لالتزام الرماة في الذمة ، نص عليه القفال والأئمة .

فيختار زعيم واحداً والزعيم الآخر في مقابلته واحداً ، ثم الأول واحداً ثم الآخر واحداً إلى أن يستوعبوا .

ولا يجوز أن يختار واحداً جميع الحزب أولاً ، لأنه لا يؤمن أن يستوعب الحذاق ولا يجوز أن يعينا الأصحاب بالقرعة لأنها قد تجتمع الحذاق ، في أحد الجانبين وفي الثاني الخرق ، وأيضاً فالقرعة لا مدخل لها في عقود المعاوضات ، وكذلك لا تجوز المسابقة على أن من خرجت منهم ، فقد قال الإمام : لا بأس به ، فإن القرعة بعد أن تعدل الحصص والأقساط معهودة ، والذي أورده صاحب «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما المنع لأن تعيين المعقود عليه بالقرعة في المعاوضات لا يجوز .

هذا ما ذكروه ، ولك أن تقول : قد تقرر أن العقد لا يجوز قبل التعيين وحينئذ فقولهما لا يجوز التعيين بالقرعة وإنما التعيين بالاختيار ، إما أن يريد به : أن مناضلة الحزبين على أن يكون مع كل زعيم الذين تخرجهم القرعة له لا يجوز ، أو يريد به : أن المناضلة على عين من آخر جنته القرعة لا يجوز ، إن أراد الأول : فالمناضلة على من يختاران من بعد وجب أن لا يجوز أيضاً كما في سائر العقود ، وإن أراد الثاني : وجب أن يحكم بالجواز ، فإنهمما إذا اختارا بلا قرعة وعقدا يجوز ، فإذا خرجت القرعة ورضيا بن آخر جنته وعقدا عليهم وجوب القول بالجواز .

فإذا لا فرق بين التعين بالاختيار والتعيين بالقرعة . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من كونه لا يجوز أن يختار واحداً ولا جميع الحزب ولا التعيين بالقرعة مخالف لما ذكره في أثناء السؤال الذي أوردته على «المهذب» و «التهذيب» فإن فيه الجزم بالجواز ، وسيأتيك واضحًا إن شاء الله تعالى في الكلام عليه ، أعني على السؤال .

نعم صرخ الماوردي وغيره في الاختيار بما قاله الرافعي وعلمه بأنه يختار الحذق خاصة فيفوت المقصود من المسابقة وهو التحرير ، وقياس القرعة كذلك . وقد يفرق بأن القرعة قد لا تؤدي إليه .

والحذق المذكور أولاً في كلام «الرافعي» : هو بالحاء المهملة المضمومة والذال المشددة المفتوحة جمع حاذق وهو الماهر الفطن .

والحريق المذكور ثانياً بالحاء المعجمة المضمومة والراء الساكنة جمع آخرق كأحمر وحمر ، والأخرق : قليل المعرفة بالأمور .

الأمر الثاني : في الكلام على قول الرافعي : وكذلك لا تجوز المسابقة على أن من خرجت منهم ، فقد قال الإمام : لا بأس به ... إلى آخره ، فإنه كلام ملبس ، والمراد ما ذكره في «الروضة» فإنه عبر بقوله : ولهذا لا تجوز المناضلة على تعين من خرجت القرعة عليهم ، وقال الإمام : لا بأس به ، هذه عبارته .

وهو مراد الرافعي ، إلا أن في تعبيره عجمة مع ما حصل في النسخ أيضًا من تغيير بعض الحروف كتعويض اللام الداخلة على ذلك بالكاف . والواو الداخلة على قد بالفاء ، وغير ذلك .

ولو عبر النووي بقوله : من تخرج القرعة «عليهم» عوضًا عن :

«خرجت» ، لكان أظهر في المراد .

الأمر الثالث : أن ما نقله الرافعي عن الإمام من جواز عقد المسابقة على من تخرجه القرعة قد تابعه عليه في «الروضة» ، وهو غلط عجيب فإن الذي ذكره الإمام أن التعين قبل عقد المسابقة لابد منه ، وأن التعين إن كان بالقرعة فينبغي العدل في الخزبين أولاً قبل الإقرار بينهما ، ثم حكى ما قاله الرافعي احتمالاً ، وصرح بأنه بعيد .

فقال : وما ذكره الأئمة في اعتبار التعديل أنهم إذا كانوا يقتسمون الأعوان فلا ينبغي أن تحكم القرعة ، فإن القرعة تعدل وتتجور ، فقد تجمع الحدق في جانب والخرق في جانب ، بل الوجه أن يقتسموا على اعتدال فيضم حاذق إلى أخرق ، وكذا في الجانب الثاني حتى إذا أرادوا بعد ذلك القرعة فلا بأس ، فإن القرعة تستعمل في القسم بعد تعديل الخصص والأقساط ، ثم قال : إن افترعوا ثم أنشأوا رضاً بما أمضته القرعة فلا بأس فإنهم لو تحكموا بذلك جاز ، وإن قالوا : رضينا بما تقتضيه القرعة ثم فرض رجوع عن هذا الرضا جاز ، وإن استمروا على الرضا ولم ينشئوا رضا بعد انفصال الأمر بالقرعة فالظاهر أن ذلك الرضا غير صحيح ، فإنه في حكم المتعلق بما سيكون وتعليق الرضا باطل ، ولا يمتنع أن يحتمل في معاملة مبنها على الخطر .

والأوجه : المنع ، والاحتمال بعيد .

وحييئذ ، فإن فرض الاقتراع بعد العقد فالعقد باطل ، لما قدمناه من اشتراط نزوله على معينين ، وإن فرض قبل العقد فالعقد يرد على معينين فلتكتف القرعة إذا كان التراضي يقع بعدها لأن من ضرورة [إنشاء] (١) العقد الرضا باللذين تقع الإشارة إليهم .

(١) سقط من أ .

هذا كلام الإمام ، وقد علم به أن ما نقله عنه الرافعي وهم عجيب سببه أنه نظر إلى أول الكلام فقط ذاهلاً أيضاً عن المراد به .

الأمر الرابع : أن السؤال الذي أورده الرافعي سؤال فاسد فلتتكلم أولاً على مدلوله ثم على الاعتراض عليه .

فنقول : أما مدلوله صحيح ، وهو أن صاحب « التهذيب » و « المذهب » إن أرادا : أن عقد المناضلة لا يجوز على من تخرجه القرعة في المستقبل بعد العقد فهو مسلم ، لكن التعبير بالاختيار كذلك أيضاً ، فإن المتسابقين لو عقدوا المناضلة على من يختارانه بعد ذلك لم يجز ، لأنه قد تقرر أن العقد لا يجوز قبل التعيين ، فإن أرادا : أنه لا يجوز عقدها على من خرجت عليه القرعة في الماضي وصار متعميناً بالقرعة فهو منع ، بل يجب القول بالجواز ، فإنهما إذا اختارا من غير قرعة ثم عقدا يجوز فكذلك إذا رضينا بن آخر جترته القرعة وعقدا عليه ، فلزم أن لا فرق بين التعيين بالقرعة والتعيين بالاختيار . هذا معنى كلامه وهو صحيح ، وحاصله أنهما مسألتان :

إحداهما : أن التعيين الطارئ هل يكفي لصحة العقد المتقدم ؟

[والثانية : أن التعيين المتقدم [(١) هل يصح إيراد العقد عليه ؟

وأما الكلام على الذي يرد على السؤال : فهو إيراد على ما قاله صاحب « المذهب » و « التهذيب » هنا ، وما قالاه في [أول [(٢) الكلام تبعاً للأصحاب لا بالتنصيص عليها بخصوصها : أن التعيين بالاختيار لا بالقرعة ، وحيثئذ فنقول : ما قاله الرافعي على تقدير إرادة الأول صحيح .

وأما التقدير الثاني : وهو أن يريد أن الذي أخرجته القرعة لا يجوز إيراد عقد المسابقة عليه ، فالذي رد به وهو جواز عقدهما على ما يختاراه من

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

غير قرعة فاسد ، فقد سبق أن الاختيار الجائز أن يختار هذا واحداً وذاك واحداً إلى استيعاب الجماعة ، وأن أحد الزعيمين ليس له اختيار أصحابه أولاً ، وحيثئذ فالقرعة ليست نظير ذلك ؛ لأنها قد تخرج على الحذاق جميعهم .

قوله : فإذا أنضل أحد الحزبين فيقسم المال بينهم على عدد رؤوسهم أو على عدد الإصابات ؟ فيه وجهان : أشبههما وهو المذكور في « الكتاب » وحکى الإمام القطع به : أنه يقسم على عدد رؤوسهم . انتهى كلامه .

وما ذكره من ترجيح القسمة على عدد الرؤوس ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً وعبر بمثل ما عبر به هنا ، ثم خالف في « المحرر » فرجح الوجه الآخر ، فقال : وهل يقسم المال بينهم على عدد رؤوسهم أو بحسب الإصابة ؟ فيه وجهان : أشبهما : الثاني . هذا لفظه .

وهو اختلاف عجيب حيث عبر بالأشبه في الموضعين ، والذي يظهر أن الرافعي أراد الأول فسبق القلم إلى الثاني لقرينة ما ذكرناه مع عدم نقله لترجمي مقابلة عن أحد .

ووقع هذا الاختلاف أيضاً بين « الروضة » و « المنهاج » ، وصرح بلفظ : « الصحيح » فيهما عوضاً عن « الأشبه » .

قوله : هذا إذا أطلقوا العقد ، فإن شرطوا أن يقسموا على الإصابة فالشرط متبع وللإمام فيه احتمال . انتهى .

واعلم أن الإطلاق يقتضي التساوي في المال المخرج ، ومع ذلك ففي شرط التفاوت فيه وجهان ومسألتنا نظيره .

قوله : ولو انصدم السهم بالأرض ثم ازدلف - أي انتقل - وأصاب الغرض حسب له على الأصح ، وقيل : لا يحسب . انتهى .

وإذا قلنا : بأنه لا يحسب له فلا يحسب عليه أيضاً ، ذكره الشيخ في

قوله في « أصل الروضة » : ولو ازدلف ولم يصب الغرض حسب عليه على الأصح . انتهى كلامه .

وما صححه من الحسبان عليه قد خالفه في « تصحيح التنبية » فصحح أنه لا يحسب عليه ، وليس المسألة في « المنهاج » .

قوله : أما إذا قالا : يرمي عشرين رشقاً على أن يسقط الأقرب الأبعد فمن فضل له خمسة فهو ناضل ، فهو صحيح والشرط متبع على المذهب ، ثم قال : فإذا وقع سهم أحدهما بقرب الغرض وأصاب سهم الآخر الغرض ، فالمنقول : أن الثاني يسقط الأول كما يسقط الأقرب الأبعد .

ولك أن تقول : ينبغي أن ينظر إلى لفظ الشرط في العقد إن كان الشرط إسقاط الأسد أو الأصوب غيره فهذا ظاهر ، وكذا إن كان الشرط إسقاط الأقرب الأبعد على معنى الأقرب إلى الصواب ، وأما إذا كان الشرط إسقاط الأقرب إلى الغرض الأبعد عنه ، في ينبغي أن يتساويا لأن الموصوف بأنه أقرب إلى الغرض وأبعد عنه ينبغي أن يكون خارجاً عنه ، وهما جميعاً في الغرض . انتهى كلامه .

والذي قاله يجاب عنه : بأن هذا أَسْدَ فاعتبر ، كما إذا شرط الخسق فمرق . وقد صرخ البغوى وابن الصباغ بالصورة الثانية ، وأجابا بما تقدم ، وأشارا إلى هذا الجواب .

قوله في « أصل الروضة » : ولو هبت الريح فنقلت الغرض إلى موضع آخر ، فأصاب الموضع المتقل عنه حُسب له إن كان الشرط الإصابة ، ثم قال : ولو أصاب الغرض في المكان المتقل إليه حُسب عليه لا له . انتهى .

وما ذكره من أنه يحتسب عليه عند إصابة الغرض يؤخذ منه الحسبان

عليه بطريق الأولى إذا لم يصبه .

إذا علمت ذلك فقد خالف في « المنهاج » فقال : ولو نقلت ريح الغرض ، فأصاب موضعه حسب له وإنما فلا يحتسب عليه . هذا كلامه . والمسألة مذكورة في أكثر نسخ « المحرر » على الصواب ، وفي بعضها كما في « المنهاج » فلعلها الواقعة له .

قوله : ولو عقد المناضلة في الصحة ودفع المال في مرض الموت ، فهو من رأس المال إن جعلناها إجارة ، وإن قلنا : جعالة فوجها ، ولو ابتدأ العقد في المرض فيحتمل أن يحسب من الثالث ، ويحتمل أن يبني على القولين . ذكره في « البحر » . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح أو الصواب القطع بأنه من رأس المال في الصورتين ، سواء قلنا إجارة أو جعالة ؛ لأنه ليس بتبرع ولا محاباة فيه وإنما يصرفه في ملاذ شهواته من طعام وشراب ونكاح وغيره مما لا ضرورة إليه ولا ندب الشرع إليه محسوباً من رأس المال فالمسابقة التي ندب الشرع إليها ويحتاج إلى تعلمها أولى .

كتاب الأيمان

وفي ثلاثة أبواب :

الباب الأول : في نفس اليمين

قوله : ينعقد اليمين على المستقبل والماضي ، فإن حلف على ماض كاذبًا وهو عالم فهي اليمين الغموس ، سميت بذلك لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار . انتهى .

وما اقتضاه كلامه من انعقاد يمين الغموس قد تابعه عليه في «الروضة» ، وذكر ابن الصلاح في «مشكل الوسيط» : أنها غير منعقدة عندنا ، وأنا نوافق أبا حنيفة في عدم انعقادها ، قال : ونحن نعتبر في وجوب الكفارة مجرد العقد والختن ، وقد وجد أولاً تعبير الانعقاد أي تعبير عقدها لا انعقادها ، وذكر الماوردي نحوه فقال : فإذا ثبت وجوب الكفارة في اليمين الغموس ففي يمين محلولة غير منعقدة أولى ، هذه عبارته .

قوله في «الروضة» : ويستحب للمخاطب إبرار الحالف فإن لم يفعل وحث الحالف لزمه الكفارة . انتهى .

والذي يلزم الكفارة هو الحالف لا المحلوف عليه خلافاً لأحمد .

ولفظ «الروضة» موهم ، وقد استدرك على الرافعي فقال : هذا إذا لم يكن في الإبرار مفسدة بأن يضمن ارتكاب محرم أو مكروه ، وكلامه يقتضي : أن المستحب الذي لا يكره تركه يستحب إبرار الحالف على تركه ، وليس كذلك فسيأتي في الباب الثاني أن الحلف على تركه والإقامة عليها مكروهان .

إذا كان الأمر كذلك في حق نفسه بطريق الأولى في حق غيره .

الجزء التاسع

قوله من « زوائدہ » : ويکرہ السؤال بوجه الله تعالى ورد من سائل به للحديث المعروف فيهما . انتهى كلامه .

والحادیثان المشار إلیهما ما رواه أبو داود عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « لا يسأل بوجه الله إلا الجنة » (١) .

وروى أبو داود أيضًا بأسانيد الصحيحين : « من سأله تعالى فأعطوه » (٢) ، وقد علمت من الحديث الأول استثناء الجنة ، وقد صرح به المصنف في « الأذكار » .

قوله : وإذا عقد اليمين بمشيئة الله تعالى لم يحث ، وهل نقول : اليمين منعقدة ؟ منهم من قال : نعم ، لكن المشيئة غير معلومة فلا يحكم بالحث ، هكذا نقل القاضي الروياني .

ومنهم : من يطلق القول بأنها غير منعقدة ، وهكذا نقل صاحب « التهذيب » . انتهى .

لم يصحح منها شيئاً في « الروضة » أيضًا ، والصحيح عدم الانعقاد كما قاله البغوي كذا جزم به الرافعي في الباب الرابع من أبواب الطلاق فقال : وكذا يمنع الاستثناء انعقاد التعليق كقوله : أنت طالق إذا دخلت الدار إن شاء الله تعالى . وينبع انعقاد النذر واليمين وصحة العفو عن القصاص والبيع وسائر التصرفات ، وذكر في « المحرر » و « المنهاج » نحوه .

(١) أخرجه أبو داود (١٦٧١) والبيهقي في « الكبرى » (٧٦٧٨) وابن عدي في « الكامل » (٣ / ٢٥٧) من حديث جابر رضي الله عنه ، بسند ضعيف ، ضعفه الألباني وجماعة .

(٢) أخرجه أبو داود (١٦٧٢) والنسائي (٢٥٦٧) وأحمد (٥٣٦٥) وابن حبان (٣٤٠٩) والبخاري في « الأدب المفرد » (٢١٦) والطبراني في « الكبير » (١٣٥٣٩) وابن أبي شيبة (٤ / ٤٤٧) والبيهقي في « الكبرى » (٧٦٧٩) والحاكم (١٥٠٢) والطيالسي (١٨٩٥) وأبو نعيم في « الحلية » (٩ / ٥٦) وعبد بن حميد (٨٠٦) والقضاعي في « مسند الشهاب » (٤٢١) من حديث ابن عمر . وصححه الحاكم والألباني .

قوله : فإن قصد الاستثناء في خلال اليمين ففيه وجهان ذكرناهما في كتاب الطلاق ، ومن صحق هذا الاستثناء: الداركي والقاضيان أبو الطيب والروياني ، ومن لم يصححه: أبو الحسن ابن المزبان وابن كج . انتهى .
فيه أمران :

أحدهما : أن الخلاف الذي أشار إليه الرافعي في الطلاق محله في أول الباب الرابع المعقود للاستثناء ، والخلاف الذي هناك غير الخلاف المذكور هنا ، فإن الخلاف هناك محله إذا وجدت منه الاستثناء بعد فراغ اليمين ، ومحله هنا إذا وجدت النية في أثنائها ، فهما مسألتان فراجعه من هناك .

الأمر الثاني : أن نسخ الرافعي عارية من الواو بين أبي الحسين وابن المزبان على جعل الثاني بدلاً من الأول ، فإن ابن المزبان كنيته أبو الحسين ، وأتى في « الروضة » بابنقطان عوضاً عن أبي الحسين ، وجعلهم ثلاثة وليس الأمر كذلك ، وإن كان ابنقطان كنيته: أبو الحسين .

قوله من « زوائد » : والصحيح تعظيم الاستثناء للحمل . انتهى .

وهذه المسألة قد ذكرها رحمة الله في ثلاثة مواضع :

أولها : في الوقف .

وثانيها : في الباب الرابع من أبواب الطلاق .

وثالثها : في هذا الموضع .

واختلف فيها كلام الرافعي فراجعه مما سبق .

قوله : وقول القائل: إن فعلت كذا فأنا يهودي ، أو بريء من الله تعالى ، أو من رسول الله ، أو من الإسلام ، أو من الكعبة ، أو مستحل الخمر يتضمن تعظيم الإسلام وإبعاد النفس عن اليهود ، ثم قال : هذا إذا قصد القائل تبعيد النفس عن ذلك ، فاما من قال ذلك على قصد الرضى باليهود

وما في معناه ، إذا فعل ذلك الفعل فهو كافر في الحال . انتهى كلامه .
فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في القسم الأول من استعماله على تعظيم الإسلام وإبعاد النفس عن اليهود ، قد ذكر قريباً منه في « الروضة » ، وهو يقتضي أن لا يكون حراماً ، ثم خالف - أعني : النووي - في كتاب « الأذكار » فجزم بالتحريم ، فقال في آخر الكتاب : فصل : يحرم أن يقول إن فعلت كذا فأنا يهودي أو نصراوي أو بريء من الإسلام أو نحو ذلك ، فإن قاله وأراد حقيقة فعله وخروجه عن الإسلام بذلك ، صار كافراً في الحال ، وجرت عليه أحكام المرتدين ، وإن لم يرد ذلك لم يكفر لكنه ارتكب محرماً فتجب عليه التوبة ، هذه عبارته .

وذكر أيضاً الماوردي في « الحاوي » ما حاصله : التحريم على وفق ما في « الأذكار » - فليؤخذ به .

الأمر الثاني : أن كلام « الشرح » و « الروضة » ساكت عن حالة الإطلاق كمن مات عقب ذلك أو غاب وتعذر مراجعته ، هل تحكم بالكفر فيها أم لا ؟ والقياس يقتضي التكفير إذا عري عن القرائن الحاملة على غيره ؛ لأن اللفظ بوضعه يقتضيه ، وكلام النووي السابق نقله عن « الأذكار » يقتضي أنه لا يكفر بذلك ، والقياس خلافه .

قوله : وأما : تالله بنقطتين من فوق ف منهم من قال : ليس بيمين ، والأظهر : القطع بأنه يمين ، واختلفوا في تأويل الأول ، فمنهم من حمله على ما إذا قال له القاضي : قل : بالله ، الموحدة فأتي بالشدة لا تحسب للمخالفة ، قال القفال بخلاف العكس ، فإنه يحسب لكثر استعماله ، ولو أمره بالموحدة فأتي بالواو ، قال الإمام : فيه تردد لأنهما لا يكادان يتفاوتان في مجرى الكلام ولا يمتنع أن لا يحسب للمخالفة ، وهذا المعنى يأتي أيضاً في

صور القفال . انتهى .

واعلم أن التردد الذي ذكره الإمام ذكره القاضي الحسين ، وطرده في ما إذا أمره بالموحدة فتأتى بالمنثنة ، وجميع ما نقلته عن الرافعي ليس فيه لفظة « يحـنـث » بالمثلثة في آخره ، بل « يـحـسـبـ » بالسـينـ ، فاعلم كل ما ذكرته .

قوله : لو قال : بالله ، فشدد اللام كما كانت وحذف الألف بعدها فهو غير ذاكر لاسم الله تعالى ، ولا حالف لأن البلة هي الرطوبة ، فلو نوى بذلك فقال « الشيخ أبو محمد » و « الإمام » و « الغزالـي » : هو يمين ويحمل حذف الألف على اللحن ؛ لأن الكلمة تجري كذلك على ألسنة العوام والخواص . انتهى .

وقد وافق في « الروضة » على خطأ إطلاق هذه السلفطة لهذا المعنى ولكن نازع في تسميتها لحنًا فقال : ينبغي أن لا يكون يميناً لأن اليمين لا يكون إلا باسم الله تعالى أو صفتـه ، ولا يـسلـمـ أن هذا لـحنـ لأن اللـحنـ مـخـالـفةـ صواب الإعراب ، بل هذه كلمة أخرى ، وما ذكرـاهـ معـاـ ليس كذلك بل هي لـغـةـ أخرىـ حـكـاـهاـ الزـجـاجـيـ وكـذاـ حـكـاـهـ عـنـهـ «ـ ابنـ الصـلـاحـ» .

قوله : النوع الثالث : ما يطلق في حق الله تعالى وفي حق غيره ولا يغلب استعمالـهـ فيـ الـطـرـفـيـنـ كـالـنـبـيـ وـالـمـوـجـودـ وـالـحـيـ وـالـمـؤـمـنـ وـالـكـرـيمـ وـماـ أـشـبـهـهـاـ ، فلا يـكونـ يـمـيـنـاـ إنـ نـوـيـ بـهـ غـيرـ اللـهـ تـعـالـىـ أوـ أـطـلـقـ ، فإنـ نـوـيـ بـهـ اللـهـ تـعـالـىـ فالـذـيـ أـورـدـهـ صـاحـبـ «ـ المـهـذـبـ»ـ وـ «ـ التـهـذـيبـ»ـ وـ غـيرـهـماـ :ـ آنـ يـكـونـ يـمـيـنـاـ ،ـ ثـمـ قـالـ :ـ وـ الـأـظـهـرـ وـ بـهـ أـجـابـ الشـيـخـ أـبـوـ حـامـدـ وـابـنـ الصـبـاغـ وـالـعـرـاقـيـوـنـ وـ تـابـعـهـمـ الإـمـامـ وـالـغـزـالـيـ :ـ آنـ لـاـ يـكـونـ يـمـيـنـاـ ،ـ وـ وجـهـهـ بـأـنـ الـيـمـيـنـ إـنـماـ يـنـعـقـدـ إـذـ حـلـفـ بـاسـمـ مـعـظـمـ .ـ اـنـتـهـىـ كـلـامـهـ .ـ

ومـاـ صـحـحـوـهـ هـنـاـ مـنـ عـدـمـ الـانـعـقـادـ ذـكـرـ مـثـلـهـ فـيـ «ـ الشـرـحـ الصـغـيرـ»ـ ،ـ وـ عـبـرـ :ـ بـالـأـظـهـرـ أـيـضـاـ ،ـ ثـمـ خـالـفـ فـيـ «ـ الـمـحرـرـ»ـ فـجـزـمـ بـالـانـعـقـادـ وـهـوـ الـذـيـ

صححه النووي في كتبه .

قال المتولى : إذا حلف بالصحف فإن قال : وحرمة ما هو مكتوب فيه : فهو يمين ، وكذا لو قال : وحرمة هذا المصحف ، لأن احترامه بحرمة ما هو مكتوب فيه ، وإذا أراد الرق والجلد لم يكن يميناً . انتهى .

قال في « الروضة » : لم يتعرض لما إذا قال : والمصحف وأطلق فهو يمين ، صرخ به بعض الأصحاب وبه أفتى الدولعي ، قال : لأن الحالف إنما يقصد القرآن المكتوب فيه لا الورق والمداد . انتهى .

ومراد النووي بالإطلاق : أن لا ينوي القرآن مع كون التصوير كما ذكره يعني من حذف لفظ الحرمة .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن الدولعي ليس مطابقاً للتصوير ، ويدل عليه التعليل الذي ذكره .

الثاني : أن ما قاله في « الروضة » من كونه يميناً عند الإطلاق مع حذف لفظة « الحرمة » خلاف المشهور .

فقد جزم القاضي الحسين في « تعليقه » و « فتاویه » بأنه لا يكون يميناً، ورأيته في أوائل « شرح التلخيص » للشيخ أبي علي مجزوماً به ومنقولاً عن الأصحاب ، [ورأيته في « أدب القضاء » لابن أبي الدم مجزوماً به أيضاً ومنقولاً عنهم]^(١) وزاد فقال : وقال : الشيخ أبو زيد : لو حلف بما في هذا المصحف لم يكن يميناً ، لأن الذي فيه سواد وبياض ، قال : لو حلف بالذي أنزل القرآن على محمد ، ففيه وجهان : مقتضى كلام ابن الصلاح في « فتاویه » والماوردي في « الحاوي » : انعقاد الحلف بالصحف ، وحكى

(١) سقط من ب .

الشيخ أبو حامد في «تعليقه» : وجهين في ما إذا حلف به ناوياً المتلو وهو القرآن .

وحكى الماوردي في «الحاوي» : وجهين في أنه هل يجزئ الحلف به عن الحلف بالله تعالى أم لا ؟

أحدهما : نعم لاشراكهما في الحنت بهما ، والوجهان غريبان .

قوله : ولو قال : أقسمت بالله ، ثم قال : أردت به [يَمِنَا] ^(١) ماضية قبل في الباطن ، وأما في الظاهر : فإن علم قبل ، وإن لم يعلم : فالنص أنه يُقبل وكذلك في إرادة الوعد كقوله : أقسم ، وقال في الإيلاء : إذا قال : أقسمت بالله لا وطئتك ، ثم ادعى ذلك أنه لا يُقبل ، وفي المسألتين ثلاث طرق : أشهرها قولان : أصحهما : القبول لظهور الاحتمال .

والثاني : القطع بالمنع .

والثالث : تقرير النصين ، والفرق أن الإيلاء متعلق بحق المرأة بخلاف سائر الأيمان . انتهى ملخصاً .

وما ذكره في الإيلاء من ترجيح القبول ، قد ذكر فرعون يشكلاً عليه : أحدهما : في أول هذا الباب فقال : وإذا حلف وقال : لم أقصد اليمين ، صدّق ، وفي الطلاق والعتاق والإيلاء لا يُصدق في الظاهر لتعلق حق الغير به ، هذا لفظه .

والفرع الثاني : ذكره في آخر باب ما يقع به الحنت في أول الفروع الزائدة على فروع «الوجيز» فقال : حلف لا يدخل الدار ، ثم قال : أردت شهراً أو يوماً ، فإن كانت اليمين بالطلاق أو العتق : لم يقبل في

(١) سقط من ب .

الحكم ، ويلحق بهما الإيماء لتعلقه بحق الآدمي ، [وإن كانت اليمين بالله تعالى ولم تتعلق بحق الآدمي]^(١) قبل ظاهراً وباطناً . انتهى .
وتبعد في « الروضة » على هذه الموضع .

قوله : وإذا أراد اليمين بهذه الألفاظ انعقدت يميناً واحدة ، والجمع بين الألفاظ تأكيد كقوله : والله الرحمن الرحيم ، فلا يتعلق بالحنث فيها إلا كفارة واحدة ، ولذلك أن تقول : إن قصد بكل لفظ يميناً ، فليكن كما لو حلف على الفعل الواحد مراراً . انتهى .

وما ذكره بحثاً رأيته في « الاستذكار » للدارمي نقاً عن ابن القطان ، فقال : إذا نوى التكرار ففي تكرر الكفارة القولان في من حلف على الفصل الواحد مراراً وطرده أيضاً في قوله : والله الرحمن الرحيم ، ونقله أيضاً في « الروضة » عنه .

قوله : وفي نذر اللجاج والغضب ثلاثة أقوال :
أحدها : تلزمك كفارة يمين .

والثاني : الوفاء .

والثالث : يتخير .

وإيراد العراقيين يقتضي أن يكون المذهب هو التخيير ، لكن الأصح على ما ذكره صاحب « التهذيب » وإبراهيم المروروذى والرويانى والموفق ابن طاهر وغيرهم : وجوب الكفارة . انتهى ملخصاً .

لم يصرح في « الشرح الصغير » أيضاً بتصحيح ، وصحح في « المحرر » وجوب الكفارة ، وعبر بالأصح ، ذكره في كتاب النذر ، وقد نقل في « الروضة » أيضاً هذه المسألة إلى النذر ، وصحح من « زوائد » قول التخيير .

(١) سقط من أ .

قوله : وأما إذا قال : إن كلمت فلاناً ، أو فعلت كذا فمالـي صدقة ، فالمذهب الذي قاله الجمهور ونص عليه الشافعي : أنه بمنزلة قوله : فعلـيَّ أن أتصدق بـمالـي ، وطريق الوفاء أن يتصدق بـجـمـيـع أموـالـه . انتهى كلامـه .
وما ذكره من أن طريقـه هو الصـدقـة بالـجمـيـع . فيه كلام تعرفـه قـرـيبـاً في
أوائل كتاب النذر فراجعـه .

فصل في لغات الباب

منها : ايم الله ، بضم الميم وكسرها ، والضم أشهر .

ومنها لاها الله : بالمد والقصر .

ومنها : نذر الغلق ، وبيين الغلق : اسم لنذر اللجاج . هو بفتح العين المعجمة وفتح اللام . لأنه يغلق به باب الفعل أي يسدء .

ومنها : رتاج الكعبة ، براء مكسورة ثم بالثناة من فوق والجhim ، هو بابها ، وقيل : غلق بابها ، وكذلك الرتاج أيضاً بفتح الراء والتاء ، وهما في اللغة أسمان للباب العظيم كما قاله الجوهري ، قال : ويقال : إنه الباب المغلق وفيه باب صغير .

الباب الثاني

في كفارة اليمين

قوله : وفي السبب الموجب للكفارة وجهان :

أحدهما : أنه اليمين إلا أنها توجب عند الحنث ، كما يوجب ملك النصاب الزكاة عند انقضاء الحول ، وكأن من قال به جعل الحنث شرطاً .
وأظهرهما عند عامة الأصحاب : أن السبب هو اليمين والحنث جميعاً .
انتهى .

وللخلاف فوائد منها : جواز التكبير بالصوم قبل الحنث وفيه وجهان :
إن قلنا : أنها تجب باليمين جاز ، وإن قلنا : تجب بهما وهو الصحيح
فلا ؛ لأن العبادات البدنية لا يجوز تقديمها على وقتها .

ومنها : إذا أراد العبد أن يكفر بالصوم بغير إذن سيده ، وكان قد حلف
بإذنه ، فإن قلنا : إنها تجب باليمين جاز ، وليس للسيد منعه .

وإن قلنا : بهما ، وهو الصحيح فلا يصح ، وللسيد منعه أيضاً .
وذكر بعضهم من فوائده أيضاً : ما إذا حلف ليفعلن كذا غداً ، فمات
قبل الغد .

فإن قلنا : إن الكفارة تجب باليمين وجبت عليه ، وإن قلنا : بهما وهو
الصحيح فلا .

واعلم أن الإمام حكى وجهاً ثالثاً أن الكفارة تجب باليمين ، ووقت
وجوب إخراجها الحنث ، قال : وهو كلام سخيف .

وحكى الماوردي رابعاً : أنها تجب بالحنث وحده لتعلقها بحل ما عقده ،

واليمين شرط ، قال : وهو الظاهر من مذهب الشافعي ، ثم قال : والصحيح عندي اعتبار حال اليمين ، فإن كان عقدها طاعة وحلها معصية وجبت الكفارة بالحنث وحده ، وإن كان عقدها طاعة وحلها طاعة وجبت باليمين والحنث ، ذكر ذلك في فصل أوله : فإذا ثبت وجوب الكفارة .

وهو وجه خامس ، وقد سكت عما إذا كان عقدها وحلها مباحين إلا أنه قال في هذه الصورة قبل ذلك : إن الكفارة تتعلق باليمين وإنها بالحنث أحق ، ويظهر معجى ذلك هنا .

قوله : وإن كان الحنث بارتكاب محظور بأن حلف لا يشرب الخمر ، فهل يحل التكفير قبل الشرب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : وبه قال ابن القاسم : المنع ؛ لأنه يتطرق به إلى ارتكاب محظور ، وهذا أرجح عند صاحب « التهذيب » .

والثاني : يجوز لوجود أحد السببين والتكفير لا يتعلق به استباحة ولا تحريم ، وهذا أقيس وأظهر عند الشيخ أبي حامد والإمام والروياني وغيرهم . انتهى كلامه .

ومقتضاه ترجيح الجواز ، وقد صرخ به في « الشرح الصغير » فقال : إنه أظهر الوجهين ، وصحح في « المحرر » المنع ، فقال : ولا يجوز إن كان الحنث محرماً على الأصح ، هذا لفظه ، واستدرك عليه في « المنهاج » فصحح الجواز .

قوله : ولا يجوز تقديم كفارة القتل ، وجاء الصيد على الجرح بحال ، وعن أبي الطيب ابن شملة إثبات احتمال فيه تنزيلاً للعصمة وتحريم القتل بمنزلة أحد السبدين ، وحكى ابن كج في جراء الصيد أيضاً ، وجهاً أنه يجوز تقديم على جرح الصيد ، وجهاً آخرأً أنه إن كان يقتله مختاراً بلا ضرورة . لم يجز التقديم ، وإن اضطره الصيد إليه فيجوز . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » ، وحاصله : أنه لا يجوز للمحرم أن يفدي الصيد [قبل جرمه ، سواء اضطرره الصيد]^(١) إلى القتل أم لا .

إذا علمت ذلك فاعلم أن الصيد إذا أجب المحرم إلى القتل ، فإن كان لصيال منه فلا كفارة ، وإن كان لافتراسه في الطريق ، ولم يتأت المشي إلا بقتله فكذلك في أصح القولين ، وحيثئذ فنقول : ما ذكره الرافعي من المنع من التقديم عند الاضطرار غير مستقيم ، أما في الأولى وعلى المذهب في الثانية : فلأنه لا كفارة حتى يمنع تقديمها ، وأما على القول الضعيف القائل بالوجوب : فلأنه قد صلح بعد ذلك بدون الصفحة في الحلق وغيره ما يخالفه ، فقال : وإن وجد سبب يجوزها ، بأن كان في رأسه أذى واحتاج إلى الطيب لمرض أو إلى لبس المخيط لشدة البرد ففي جواز التقديم وجهاً ، والظاهر الجواز . هذا لفظه .

وحيثئذ فقياس الصيد على هذا تصحيح الجواز واعلم أنه إذا اضطر إلى أكل الصيد ، أو ركبه صائل تجب عليه على الصحيح .

إن أراد الرافعي هذه الصور ونحوها وفيه تعد لم يستقم تصحيح امتناع التقديم لما ذكرناه من كونه كالحلق ونظائره في وجود السبب ، بل أولى ؛ لأن السبب في المضطر واجب الفعل ، وكذلك في المصول عليه إذا كان الصائل كافراً مطلقاً ومسلماً قصد التحرير ، والطفل ونفسه على قول مشهور .

قوله : الرابعة : يجوز تعجيل المندور إذا كان مالياً ، كما إذا قال : إن شفا الله مريضى أو رد غائبى فللهم علي أن أعتق عبداً أو أتصدق بكذا يجوز تقديم الإعتاق والصدقة على الشفاء ورجوع الغائب ، وفي « فتاوى القفال » ما ينazuء فيه . انتهى كلامه .

(١) سقط من أ .

وما ذكره هنا من الجواز حتى أشعر كلامه باستغراب خلافه غريب .

فقد سبق منه في باب تعجيل الزكاة أن الأصح المنع ، وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : المسألة الثانية : الأيمان مكرورة إلا إذا كانت [في طاعة] ^(١) كالبيعة على الجهاد وكما قال ﷺ : « والله لا أغزو ن قريشاً » ^(٢) ، ويستثنى أيضاً الأيمان الواقعه في الدعاوى إذا كانت صادقة فإنها لا تكره . انتهى .

وما اقتضاه كلامه من عدم وجوب اليمين في الدعاوى فيه تفصيل أذكه في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

قال في « الروضة » : ولا يكره أيضاً اليمين إذا دعت إليه حاجة كتوكيده كلام ، وتعظيم أمر كقول النبي ﷺ في الحديث الصحيح : « فوالله لا يمل الله حتى تملوا » ^(٣) وفي الحديث الآخر : « والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيرتم كثيراً » ^(٤) .

قوله : وإذا كفر بالصوم لم يجب التتابع على الجديد ، فإن أوجبناه

(١) سقط من ب .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٨٥) من حديث عكرمة يرفعه ، وأخرجه ابن حبان (٤٣٤٣) والطبراني في « الكبير » (١١٧٤٢) وفي « الأوسط » (١٠٠٤) وأبو يعلى (٢٦٧٤) والبيهقي في « الكبير » (١٩٧١٢) وأبو نعيم في « الحلية » (٧ / ٢٤١) والخطيب في «التاريخ » (٧ / ٤٠٤) وابن عدي في « الكامل » (٥ / ٢٩٨) من حديث ابن عباس ^{طريقه}.

قال الشيخ الألباني : صحيح .

وأخرجه ابن حبان في « المجرودين » (٢ / ٣٠٧) من حديث ابن عمر ^{طريقه} . وفيه محمد بن إسحاق البلخي ، قال ابن حبان : يروي عن ابن عبيدة وأهل العراق المقلوبات ، ويأتي عن الثقات ما ليس من حديث الأثبات كأنه كان المعتمد لها .

(٣) أخرجه البخاري (٤٣) ومسلم (٧٨٥) من حديث عائشة ^{طريقها} .

(٤) أخرجه البخاري (٤٣٤٥) ومسلم (٢٣٥٩) من حديث أنس ^{طريقه} .

فأفطرت المرأة بعذر الحيض فقد قيل : لا ينقطع التتابع ، كما في صوم الشهرين .

وقيل : ينقطع بالانقطاع ؛ لأن تبعيد الأيام الثلاثة عن الحيض ممكن بخلاف الشهرين .

وقيل : الحيض هاهنا كالمرض هناك ففي قطعه التتابع قولان ، والظاهر : أنه يقطع التتابع . انتهى .

والصحيح من هذه الطرق : طريقة القطع بالانقطاع كذا صححه النووي في « أصل الروضة » وكلام الرافعي لا يؤخذ منه ذلك ، فإن الذي ذكره إنما هو ترجيح للحكم من حيث الجملة ، ولم ينص على الترجيح في خصوصية الطرق .

قوله من « زوائدہ » : ويجزی المندليل ، صرح به أصحابنا ، والمراد به هذا المعروف الذي يحمل في اليد ، وقد صرح الدارمي بأن كل واحد من المندليل والعمامة يجزئ . انتهى كلامه .

واعلم أن كثيراً من الناس يستغرب كلام « الروضة » هاهنا فإن العمامة قد ذكرها الرافعي قبل هذا ، وأما المندليل فمصرح به في أشهر الكتب وهو « التنبيه » .

والجواب : أن كثيراً من المشارقة الماضين وإلى الآن يطلقون المندليل على العمامة ، فنص رحمة الله على إجزاء المندليل بالاصطلاح المعروف ، وأكده دفع الاحتمال بجمع الدارمي بينهما فتفطن لذلك .

وما ذكره من الجمع بينهما ذكره أيضاً الروياني في « البحر » فقال : روى أبو يوسف ومحمد بن الحسن أن السراويل لا تجزئ لأنها تبع لغيره فرد عليهما بقوله : وهذا مبطل بالعمامة والمنديل . هذه عبارته .

لكنه حكى في «القلنسوة» ، ثلاثة أوجه .

ثالثها : إن كانت صغيرة تغطي قحف الرأس خاصة أي كالقبع والطاقية فلا تجزئ وإن كانت كبيرة تعم الرأس وتغطي الأذن والقفا فتجزئ . ثم قال : والمذهب عدم الإجزاء مطلقاً لأنها تابعة تلبس تحت العمامة . هذا كلامه .

قوله : ولا يجزئ الدرع والخف والمكعب والجورب في أظهر وجهين .

وفي النعل طريقان : أشبههما على ما ذكر صاحب «الكتاب» : إجراء الخلاف .

والثاني : القطع بالمنع . انتهى .

والراجح : طريقة الخلاف كما ذهب إليه الغزالى ، كذا صصحه الرافعى في «الشرح الصغير» وعبر بالأظهر ، والنوى في «أصل الروضة» .
والمكعب : هو المداس .

والجورب : سبق ذكر تفسيره في مسح الخف .

والدرع : قميص لا كُمّ له .

ومن المعلوم إطلاقه أيضاً على الدرع من الحديد ، وفيه أيضاً وجهان حكاهما ابن الرفعة في «المطلب» ، وصحح المنع .

قوله من «زوائد» : قال الدارمي : فإذا دفع ما لا يعتاد لبسه كجلود ونحوها لم تجزئه . والله أعلم .

ومفهوم هذا الكلام أنه إذا اعتيد ذلك أجزاء . وقد جزم به الماوردي في «الحاوى الصغير» وحكى وجهين من غير ترجيح في ما إذا لم يعتد ذكر ذلك في الجلود واللبود والفراء .

وذكر مثله صاحب «البحر» أيضًا ، وقد تعرض الرافعي للبد ، ونقل عن الصيدلاني : إجزاءه حيث اعتقد ذلك .

قوله : ولو أعتق المكاتب عن كفارته بإذن السيد ونفذنا تصرفاته إذا صدرت عن إذنه ، قال الصيدلاني : الذي ذكره الأصحاب أن ذمته تبرأ عن الكفارة ، والذي عندي فيه أن الأمر موقوف ؟ لأنه قد يعجز فيرق فيكون الولاء موقوفاً ، فوجب التوقف عن الكفارة . انتهى كلامه .

تابعه في «الروضة» على هذا النقل عن الأصحاب ، ومقتضاه تصحيح عدم التوقف ، لكنه قد صحيح التوقف في كتاب الكتابة ، وسوف أذكر لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى .

قوله : والكافرة على التراخي .

اعلم أن هذه المسألة مذكورة في الرافعي و «الروضة» في مواضع كثيرة وختلف فيها - إذا كان سببها معصية - كلامهما معًا .

وقد تقدم إيضاح ذلك في كفارة الظهار فراجعه .

قوله : أما إذا مات العبد وعليه كفارة يمين فللسيد أن يكفر عنه بالإطعام أو بالكسوة .

فيإن قلنا : إن العبد لا يملك بالتمليك لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه ، والتکفير بعد الموت لا يستدعي ذلك وليس للسيد ملك محقق ، فإن الرق لا يبقى بعد الموت فهو والحر سواء . هذا ظاهر المذهب .

قال الإمام : ويتطرق إليه احتمال أنه لا يجوز . انتهى .

واعلم أن النووي - رحمه الله - قد علل هذا الحكم بقوله : لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه والتکفير بعد الموت لا يستدعي ذلك ؛ لأنه ليس للميت ملك متحقق ؛ ولأن الرق لا يبقى بعد الموت

فهو والحر سواء ، وهذا ما قطع به الأصحاب ، وفيه احتمال للإمام . هذا لفظه .

وقد ظهر لك أن التعليل الثاني قد تحرف عليه لفظه واشتبه ، ولزم من تحريفه ذكر ثلاث علل ، وإنما ذكر الرافعي علتين .

والتعليق الأول في كلام الرافعي مشكل بما اقتضاه كلامه في الوصية من أن الوراث إذا أعتق من مال نفسه عن ميته صحيحة وكان الولاء للميت .

ووجه الإشكال أن إثبات الولاء متوقف على الملك ، فإن كان الأمر كما قاله هنا من أن التكفير بعد الموت لا يستدعي الدخول في الملك فلا ولاء له .

وأما التعليل الثاني : فقد نازع فيه الشيخ أبو علي السننجي فجزم بأن الرق لا يزول بالموت ، كذا رأيته في « شرح التلخيص » له .

قوله : وإذا وفت التركة بحقوق الله تعالى وحقوق الأدميين قضيت جميعها ، وإن لم تؤفر نظر إن تعلق بعضها بالعين وبعضها بالذمة ، فيقدم ما تعلق بالعين سواء اجتمع النوعان أو تجرد أحدهما .

فإن اجتمع النوعان والكل متصل بالعين أو بالذمة فيقدم أولاً حق الله تعالى أو حق الأدمي أو يتساويان ؟ فيه أقوال ذكرناها في مواضع . انتهى كلامه .

وحاصله تخصيص الأقوال بما إذا تعلقا معاً بالعين أو بالذمة حتى إذا مات وعليه زكاة والنصاب باق فتقدم الزكاة قطعاً ، وهذا الذي جزم به هنا من التلخيص قد اختلف فيه كلامه وكلام « الروضة » أيضاً .

وقد تقدم مبسوطاً في الزكاة قبيل باب أداء الزكاة فليراجع منه .

قوله : وإذا لم يكن للميت تركه فتبرع الأجنبي بالإطعام أو الكسوة عنه

من مال نفسه ففيه وجهان : أظهرهما : الجواز ، ثم قال : وفي الإعتاق في الكفار المخيرة طريقان :

أحدهما : أنه على الوجهين .

والثاني : القطع بالمنع . انتهى .

والصحيح من حيث الجملة : أنه لا يصح ، كذا صححه هنا الرافعي في « الشرح الصغير » والنwoي في « أصل الروضة » ، وقد تقدم في كتاب الوصية من كلام الرافعي ما يدل عليه أيضاً .

قوله في المسألة : ووجه منع الإعتاق بمعنىين :

أحدهما : أن التكفير بغير الإعتاق متيسر فلا يعدل إلى الإعتاق لما فيه من عسر إثبات الولاء .

والثاني : أن فيه إضراراً بأقارب الميت من حيث إنهم يؤخذون بجناية معتقده فيمنع منه الأجنبي ، فإن كان المعتق وارثاً فوجهاً بناءً على المعنيين ، إن قلنا بالأول : فيجوز وهو الأظهر ، وإن قلنا بالثاني : فلا . انتهى كلامه بحروفه .

والتفریع المذکور في آخر كلامه ذکر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً وهو على العكس ، والصواب أن يقول : إن قلنا بالأول : فيمتنع ، وإن قلنا بالثاني : فلا ، وقد ذكره في « الروضة » كذلك إلا أنه أهمل التصحیح فلم یذكره بالكلية وهو عجیب .

الباب الثالث: فيما يقع به الحنث

وفيه أنواع :

الأول : الدخول والمساكنة

قوله : ويجوز أن لا يعد الشخص داخلاً ولا خارجاً كما أن من دخل ببعض بدنـه أو خرج ببعضـه لا يـحـنـثـ فيـ يـمـيـنـ الدـخـولـ وـالـخـرـوجـ . انتهى . وفي هذا الكلام تفصـيلـ ، ذـكـرـ بـعـضـهـ فـيـ أـثـنـاءـ الـحـلـفـ عـلـىـ الدـخـولـ .

فنقول : كلامـهـ هـذـاـ مشـتـمـلـ عـلـىـ مـسـأـلـيـنـ :

الأولـىـ : أـنـ يـكـونـ خـارـجـ الدـارـ فـيـ حـلـفـ عـلـىـ الدـخـولـ ، فـيـنـظـرـ : إـنـ حـلـفـ عـلـىـ الإـتـيـانـ بـهـ فـأـدـخـلـ رـأـسـهـ أـوـ يـدـهـ أـوـ رـجـلـيـهـ وـهـ قـاعـدـ وـنـحـوـ ذـلـكـ لـمـ يـبـرـ . وـإـنـ أـدـخـلـ رـجـلـاـ وـاحـدـةـ ، فـإـنـ اـعـتـمـدـ عـلـىـ الـخـارـجـةـ - أـيـ كـانـ قـوـاهـ عـلـيـهاـ بـحـيـثـ لـوـ رـفـعـ الـدـاخـلـةـ لـمـ يـسـقـطـ فـإـنـهـ لـاـ يـبـرـ أـيـضاـ ، كـمـاـ قـالـهـ الـبـغـوـيـ فـيـ «ـفـتاـوـيـهـ»ـ .

وـإـنـ اـعـتـمـدـ عـلـىـ الـدـاخـلـةـ بـرـ ، وـإـنـ اـعـتـمـدـ عـلـيـهـماـ فـفـيـهـ نـظـرـ .

وـإـنـ حـلـفـ عـلـىـ النـفـيـ فـيـكـونـ الـحـكـمـ بـالـعـكـسـ مـنـ الـإـثـبـاتـ ، فـإـذـاـ أـدـخـلـ يـدـهـ مـثـلـاـ أـوـ رـجـلـهـ مـنـ غـيرـ اـعـتـمـادـ لـمـ يـحـنـثـ ، وـإـنـ كـانـ مـعـ الـاعـتـمـادـ حـنـثـ ، فـإـنـ اـعـتـمـدـ عـلـيـهـماـ فـفـيـهـ نـظـرـ .

ولـوـ اـضـطـجـعـ وـأـخـرـجـ بـعـضـ بـدـنـهـ فـيـحـتـمـلـ اـعـتـبـارـ الـأـكـثـرـ بـالـمـسـاحـةـ ، وـيـتـجـهـ اـعـتـبـارـهـ بـالـنـقـلـ لـأـنـ اـسـتـقـرـارـهـ فـيـ الـحـقـيقـةـ عـلـيـهـ فـأـشـبـهـ الـاعـتـمـادـ عـلـىـ الرـجـلـ .

قولـهـ : وـالـحـالـفـ عـلـىـ أـنـ لـاـ يـدـخـلـ لـاـ يـحـنـثـ بـدـخـولـ الطـاقـ المـعـقـودـ خـارـجـ الـبـابـ ؛ لـأـنـهـ لـاـ يـقـالـ دـخـلـ ؛ وـقـيـلـ : يـحـنـثـ ؛ لـأـنـهـ مـنـ الدـارـ ، أـلـاـ تـرـىـ أـنـهـ يـدـخـلـ فـيـ بـعـهاـ . اـنـتـهـىـ .

والطاق في عرف أهل بغداد رحبة خارجة عن الباب عليها عقد معقود، والباب في صدر تلك الرحبة .

قال الإمام : والذى أراه أن محل الخلاف في الطاقات التي هي أمام أبواب العظاماء نهياً للأتباع الذين لا يحجبون ، فأما الأبراج التي تخرج فيه وابتداً إلى الشارع وليس من تربع الدار فلا يحصن بها وجهاً واحداً .

قوله : ولو حلف لا يتزوج وهو متزوج ، أو لا ينطهر وهو متظاهر ، أو لا يتوضأ وهو متوضيء فاستدام النكاح والطهارة والوضوء لا يحصن . انتهى .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، وجزم في « المحرر » بالحنث ، قال في « المنهاج » من « زوائد » : وهذا غلط للذهول .

والامر كما قاله ، فقد نص الشافعي في « الأم » على عدم الحنث في هذه المسائل ، ونقله عنه القاضي أبو الطيب في « تعليقه » .

قوله في « الروضة » : وهل استدامة الطيب تطبيّب ؟ فيه وجهان : أصحهما : لا ، وذكر الوجهين في ما لو حلف لا يطأ وهو في خلال الوطء فلم ينزع ، أو لا يصوم وهو شارع في الصوم ، أو لا يصلّي وهو في خلال الصلاة .

ويتصور ذلك في ما لو حلف ناسياً . انتهى .

ومقتضى هذا الكلام تصحيح عدم الحنث في الجميع ، وليس مطابقاً لكلام الرافعية فإنه إنما عبر بقوله : وذكر وجهين أيضاً ، أعني بدون « ألل » وأعلم أن مسألة الصلاة لها صورة أخرى ، وهو ما إذا كان آخرس فحلف بالإشارة فإن الصلاة لا تبطل كما يعرف من كلامهم في الطلاق .

قوله : قال في « التهذيب » : لو حلف لا يغصب لم يحصن باستدامة

المغصوب في يده . انتهى كلامه .

وهذا الحكم الذي نقله عن « التهذيب » وأقره عليه مشكل ، فإنه يصدق أن يقال : غصبته شهراً وسنة ونحو ذلك ، وقد صرخ الأصحاب في باب الغصب وفي مواضع كثيرة أن الغاصب في دوام الغصب غاصب ، فوجب القطع بالحث ، وقد جزم به الماوردي في « الحاوي » فلتكن الفتوى عليه .

وقد أغتر النووي بهذا النقل فظننه صحيحاً من جهة المعنى ، ومجزوئاً به عند الأصحاب فأطلقه في « الروضة » من غير إعزائه إلى « التهذيب » فزاد الأمر خللاً وإيهاماً فليجتنب .

قوله : ولو حلف لا يسافر وهو في السفر فتوقف أو أخذ في العود في الحال لم يحث ، وإن سافر على وجهه حث ، وكأن الصورة في من حلف على الامتناع من ذلك السفر ، وإنما فهو في العود مسافر . انتهى كلامه .

وما ذكره من حمل العود على هذه الصورة قد تابعه عليه في « الروضة » وهو ذهول عن المقول ، فقد جزم الماوردي في « الحاوي » بأنه لا يحث ، وعلله بقوله : لأنّه قد أخذ في ترك السفر .

وحكى وجهين في ما لو أقام بمكانه :

أحدهما : يحث ، لبقاءه على السفر .

والثاني : لا ، لِكَفَهُ عن السير .

واعلم أنه لابد في الوقوف من النظر في أنه وقف ناوياً للإقامة أو قاصداً لشيء لا يقطع السفر .

قوله : وأصح الوجهين أن الخيام في حق القروي بيت .

ثم قال : واعتراض عليه بأن من حلف بيغداد وغيرها أن لا يركب دابة ، لا يحث بركوب الحمار ، وإن كان أهل مصر يسمونه دابة .

ولو كان بيوت العرب عند قوم تقتضي التعميم لكان يحث . انتهى .

وهذه المسألة - أعني : ركوب الحمار - قد أسقطها من « الروضة » ، والحكم فيها لا يعرف إلا بتنصيص كما قاله الراافي في الخدام ، وكما قالوه في الوصية أنه يعطى إليه الحمار ، وإن كان الموصي في غير مصر على الصحيح .

قوله : ولو حلف لا يسكن ، فمكث مشتغلًا بأسباب الخروج ، بأن انتهض لجمع المتع ، وبأمر أهله بالخروج وبلبس ثوب الخروج فهل يحث ؟ فيه وجها :

أحدهما وينسب إلى العراقيين : نعم ، لأنه أقام فيها مع التمكّن من الخروج .

وأرجحهما عند كثير من المعتبرين وربما لم يذكروا سواه : المنع وبه قال القفال ، ويؤيده ما ذكروا أنه لو خرج في الحال ثم عاد لنقل متع أو زيارة أو عيادة مريض لا يحث . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح عدم الحث كذا جزم به في « المحرر » ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه الأظهر .

وفي « الروضة » : إنه الأصح ، ولم يُنبئ فيها على أنه من « زوائد » بل أدخله في كلام الراافي ففطّن له .

واعلم أن كلام الراافي يقتضي التوقف في نسبة الحث إلى العراقيين ، وليس فيه وقفة فإن كتبهم مصರحة بذلك ، فقد جزم به شيخهم الشيخ أبو حامد والماوردي وابن الصباغ وصاحب « البيان » حتى أنهم جعلوا المسألة خلافية بيننا وبين الحنفية .

الأمر الثاني : أنه قد جعل من هذه الصور الاشتغال بلبس الشياط ، وفيه نظر ، فقد جزم الماوردي فيه : بأنه لا يحتمل مع جزمه بالحنث في الاشتغال بجمع المتناع ونحوه ، وهو ظاهر فإن الاستنابة فيه ممكنة بخلاف اللبس .

قوله : فإذا قال : والله لا أساكن فلاناً ، فمكث الحالف وبينهما حائلًا ولكل واحد من الجانبين مدخل أو أحدثا مدخلًا ، فوجهان :

أحدهما : لا يحتمل لانشغاله برفع المساكنة ، وهذا ما رجحه في « التهذيب » .

وأصحهما عند الجمهور : الحنث ، لحصول المساكنة إلى أن يتم البناء من غير ضرورة . انتهى كلامه .

وما ذكره من ترجيح الحنث ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا ، وأطلق الأصح من غير نقله عن الجمهور ، وخالف في « المحرر » فقال : أظهر الوجهين أنه لا يحتمل ، وتبعه النووي في « الروضة » و « المنهاج » على هذا الاختلاف .

قوله في « الروضة » : الحالة الثانية : أن لا تعد المساكنة لفظًا فينظر إن نوى موضعًا معيناً من بيت أو دار أو درب أو محلة أو بلد فالذهب والذى قطع به الجمهور : أن اليمين محمولة على ما نوى .

وقيل : إن كانا يسكنان بيتاً من دار متعددة المراافق ونوى أن لا يساكنه ، حملت اليمين عليه ، وإن لم يكن كذلك ولا جرى ذكر تلك المساكنة كقول صاحبه : ساكني في هذا البيت ، لم يقبل قوله ويحمل اليمين على الدار . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله : ولو نوى أن لا يساكنه حملت اليمين عليه ، قد شاهدته بخط النووي كذلك كما هو في النسخ أيضًا وهو غير مستقيم ، وقد سقط

منه شيء ذكره الرافعى .

فإنه قال : ونوى أن لا يساكنه في ذلك البيت ، وهذا واضح .
 وقوله كقول صاحبى إلى آخره مثال لجريان تلك المساكنة فاعلمه .
 قوله : ولو حلف أنه لا يصعد السماء ففي انعقاد يمينه وجهان : أصحهما
 على ما نقل في « التهذيب » : المنع ، لأن الحنت غير متصور . انتهى .
 صحيح في « أصل الروضة » ما صححه في « التهذيب » .

النوع الثاني : لفظ الأكل والشرب

قوله في «أصل الروضة» ولو قال : لا أشرب ماء الفرات ، أو لا أشرب من الفرات ، فسواء أخذ الماء بيديه أو في إناء أو كرع فيه حنث . انتهى .

وتعبيره بقوله : لا أشرب ماء الفرات ، رأيته كذلك بخط النووي - رحمة الله - كما هو موجود في نسخ «الروضة» وهو غلط ، لأن المعروف في المذهب في ما إذا حلف لا يشرب ماء النهر أو الغدير أو غيرهما : أنه لا يحنث بشرب بعضه ، وقد ذكره قبل ذلك بنحو صفحة ، والرافعي - رحمة الله - عَبَر بقوله : لا أشرب من ماء الفرات ، بالإitan «مِنْ» الدالة على التبعيض ومع الإitan بها لا إشكال .

قوله : ولو قال : لا أكل زيداً وعمرًا بغير لا . فلا يحنث إلا إذا كلامهما ؛ لأن الواو العاطفة تجعل الجميع كالشيء الواحد ، وكأنه قال : لا أكلهما ، بخلاف ما إذا كرر لا فإنهما يمينان . انتهى .

وإنما قيد العطف بالواو لأنه إن كان بالغاً كان حالًا على كلام عمرو بعد زيد بلا مهلة حتى لا يحنث إذا كلامهما معًا أو عمرو قبل زيد أو بعده بمهلة ، ولو أتى بـ «ثم» فكذلك إلا أنه بمهلة ، هذا هو مقتضى اللفظ .

قوله : قال : لا آكل هذا الرغيف لم يحنث بأكل بعضه ، فلو بقي ما يمكن التقاطه وأكله لم يحنث . انتهى .

وهذه المسألة قد سبقت في آخر تعليق الطلاق فقال : لو علق بأكل رغيف فأكله إلا فتاتاً ، قال القاضي الحسين : لا يحنث كحبة الرمان .

وقال الإمام : إن بقي قطعة تحس و يجعل لها موقع لم يحنث .

وربما ضبط ذلك بأن يسمى قطعة خبز ، وإن دق مدركه لم يظهر له أثر

في بر ولا حنث ، والوجه تنزيل إطلاق القاضي على هذا التفصيل . هذا لفظه فافهم منه ما يفهم .

قوله : ولو حلف لا يأكل الرؤوس أو لا يشتريها حمل على التي تميز عن الأبدان وتتابع منفردة ، وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم .

فلا يحنت برؤوس الصيد أو الحيتان ، فإن كانت تتابع منفردة في بلده حنث بأكلها هناك ، وهل يحنت بأكلها في غير ذلك البلد ؟ فيه وجهان :

رجح الشيخ أبو حامد والروياني : المぬ .

والأقوى : الحنث وهو أقرب إلى ظاهر النص ، ويفيده أن رأس الإبل لا يعتاد أكله ويعده إلا في بعض المواقع والحنث يحصل به . انتهى ملخصاً .

وما ذكره هنا من رجحان الحنث ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً .

إذا علمت ذلك فقد وافق النووي في « الروضة » على ما قاله الرافعي ، وخالف في « تصحيح التنبية » فصحح عدم الحنث ، وكلام « المنهاج » أيضاً يوهمه .

قوله: ولو أخرجت البيضة من جوف الدجاجة وهي منعقدة فأكلها حنث ، ولو أخرجت بعد موتها فأكلها ففي « تعليقه المروروذى » ذكر وجهين فيه . انتهى .

والأصح كما قاله في « زوائد الروضة » : هو الحنث .

قوله من « زوائده » : ولو حلف على الخبز فأكل الرقاق والبقسماط أو البسيس . انتهى .

هكذا ذكر رحمه الله التصوير بدون الحكم وترك بياضاً .

فأما البسيس : فهو أن يلت السويق أو الدقيق أو الأقط طحون بالسمن أو بالزيت ثم يؤكل من غير طبخ ، كذا ذكره الجوهري .

وأنشد عليه قول الراجز :

لاتخبزا خبراً وبسابساً

ولاتطيلاً بمناخ حبسًا

وإذا علمت ما ذكره تفسيرًا واستدلالًا قطعت أنه لا يحث بالبس ، وأما البقساط : فقد سماه الجوهرى خبزًا ، فقال : الكعك خبز ، وهو فارسي معرب ، هذا لفظه .

والبقيساط : كعك ، والرفاق في معناه .

نعم أهل العرف لا يسمون ذلك خبزًا .

قوله : وهل يدخل في اليمين على اللحم ما لا يؤكل كالميضة والخنزير والذئب والحمار وغيرها ؟ فوجهان :

رجح الشيخ أبو حامد والروياني : المنع .

والقفال وغيره : الحث . انتهى .

والأقوى كما قاله في « زوائد الروضة » : عدم الحث ، وجزم به الماوردي في « الإقناع » ، ورجحه المتولي .

قوله في « الروضة » : والمذهب أنه لا يدخل في اللحم الأمعاء والطحال والكبд والكرش والرئة . انتهى .

هذا الكلام لا يعلم منه هل الأصح طريقة الخلاف أو القطع ؟ ولا أن الخلاف في تلك الطريقة وجهان أو قولان ؟ وقد بينه الرافعي بجعل الخلاف وجهين ، وصحح الطريقة الذاهبة إليه .

قوله : ولو حلف لا يأكل ميته لم يحث بأكل المذكرة وإن حلها الموت للعرف .

وإن أكل السمك فوجهان : قال في « التهذيب » : المذهب أنه لا يحث للعرف . انتهى .

أطلق في « الروضة » تصحيحة .

قوله أيضًا في « الروضة » : ولو حلف لا يركب الحمار فركب حمار وحش ، فوجهان بناء على أن الحمارين جنس في الربا أم جنسان ؟ انتهى . وهو غلط فاحش فإن الحمار الأهلي لحمه نجس لا يصح بيده لا بثمه ولا بغيره حتى يجيء الخلاف في **أَنَّا نجعله جنساً واحداً أو جنسين ؟**

وعبارة الرافعي صحيحة لا يرد عليها شيء فإنه قال : ولو حلف لا يأكل لحم البقر حنث بالجاموس ، وكذا بالبقر الوحش على الأظاهر ، ونقل في « التهذيب » فيه وجهين بناء على الخلاف في أنه هل يجعل جنساً واحداً في الربا ؟ ولو حلف لا يركب الحمار فركب حمار الوحش ، ففيه وجهان متعلقان بالأصل المذكور . هذا لفظه .

وحاصله **أَنَّا** إن جعلنا بقر الوحش والأهل في باب الربا جنساً واحداً لأجل اتحادهما في الاسم ، فالاسم متعدد في الحمارين أيضًا ، فيحنث بهما فإن لم ننظر هناك إلى اتحاد الاسم وجعلناهما جنسين وهو الصحيح لم ننظر إليه أيضًا هنا ، فلا يحنث بهما بل بالأهلي فقط .

وهذا التخريج صحيح فغلط فيه - رحمة الله - ذكر ما ذكر .

وقد تلخص أن الراجح في الوحشي هو : الحنث بأكل **بَقَرِه** لا بركوب حماره .

والحكم في الثاني : يُشكّل بالحنث في خبز الأرض لمن لا يعتاده وفي بيت الشعر بالنسبة إلى **الحَضْرَى** .

قوله : ولو حلف لا يأكل الجوز ففي « الكتاب » : أنه يحنث بالجوز

الهندي ، وفي « التهذيب » : أنه لا يحث به . انتهى .

لم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً ولا في « الروضة » وال الصحيح : عدم الحث ، فقد جزم به الرافعي في « المحرر » والنوي في « المنهاج » وكذلك صاحب « الحاوي الصغير » .

قوله : ولو حلف لا يأكل سويقاً فاستفه أو تناوله بملعقة أو بأصبع مبلولة حث ، ولو مائه في الماء وشربه حث . انتهى كلامه .

وما ث : بالمير والثاء المثلثة معناه : مرس وأذاب ، تقول : مث الشيء في الماء أموثه موئلاً وموثاناً .

إذا علمت ذلك فما ذكره الرافعي من الحث في ما إذا مائه وشربه ، غلط مخالف للعقل والنقل .

أما العقل : فلأنه شارب وليس باكل .

وأما النقل : فقد صرخ ابن الصباغ [بالمسألة] ^(١) وعبر بالموت أيضاً ، وجزم بأنه من قسم الشرب لا من قسم الأكل ، وذكر إمام الحرمين مثله أيضاً .

لا جرم أن النوي قد جزم في « الروضة » بأنه لا يحث ، ولم ينبه عليه من « زوائده » .

قوله : ولو حلف لا يشرب السويق فالحكم بالعكس ، ولو كان السويق خاثراً بحيث أنه يؤخذ منه بالملاعق فتحساه فقد ذكر فيه اختلاف وجه ، والأشباه : أنه ليس بشرب . انتهى كلامه .

وهذا [التردد] ^(٢) الذي أشار إليه الرافعي ليس هو خلافاً بين

(١) في أ : في المسألة .

(٢) سقط من أ .

الأصحاب وإنما هو احتمالان للإمام، فنقوله الرافعي نقل يوهـم أنه خلاف محقق، ثم إنه غلط أيضـاً في حـكاـيـتـه غـلـطـاً يـقـتـضـي عـكـسـ الحـكـمـ ، فإـنـ الإمام جـزـمـ بـأـنـهـ يـطـلـقـ عـلـيـهـ اـسـمـ الشـرـبـ ، ولـكـنـ تـرـدـدـ فيـ أـنـ اـسـمـ الـأـكـلـ هـلـ يـطـلـقـ عـلـيـهـ أـيـضاًـ أـمـ لـاـ ؟

فـإـنـهـ قـالـ فـيـ الـبـابـ الثـانـيـ مـنـ «ـجـامـعـ الـأـيـمانـ»ـ بـعـدـ وـرـقـةـ مـنـ أـوـلـهـ مـاـ نـصـهـ:ـ والـذـيـ يـتـرـدـدـ الرـأـيـ فـيـهـ أـنـ يـكـونـ خـاـثـرـاًـ يـتـأـتـىـ تـعـاطـيـهـ بـالـمـلاـعـقـ وـيـتـأـتـىـ تـحـسـيـهـ عـلـىـ خـثـورـتـهـ فـكـيـفـ الـوـجـهـ ؟ـ هـذـاـ مـحـتـمـلـ عـنـدـيـ ،ـ يـجـوزـ أـنـ يـقـالـ :ـ تـحـسـيـهـ شـرـبـ فـيـ حـكـمـ الـبـرـ وـالـخـنـثـ ،ـ وـيـجـوزـ أـنـ يـقـالـ :ـ يـتـناـولـهـ اـسـمـ الـأـكـلـ وـالـشـرـبـ جـمـيـعـاًـ ،ـ وـالـعـلـمـ عـنـدـ اللـهـ تـعـالـىـ ،ـ هـذـاـ لـفـظـهـ .

وـهـوـ جـازـمـ بـأـنـهـ شـرـبـ حـتـىـ يـحـنـثـ بـهـ جـزـمـاًـ فـيـ مـسـأـلـتـنـاـ عـلـىـ عـكـسـ ماـ قـالـهـ الرـافـعـيـ وـتـبـعـهـ عـلـيـهـ فـيـ «ـرـوـضـةـ»ـ ،ـ وـالـذـيـ أـوـقـعـ الرـافـعـيـ فـيـ هـذـيـنـ الـأـمـرـيـنـ هـوـ الـغـزـالـيـ فـيـ «ـالـوـسـيـطـ»ـ فـإـنـهـ قـالـ :ـ وـلـوـ حـلـفـ لـاـ يـشـرـبـ سـوـيـقـاًـ فـصـارـ خـاـثـرـاًـ بـحـيـثـ يـؤـكـلـ بـالـمـلاـعـقـ فـتـحـسـاهـ فـفـيـهـ تـرـدـدـ .ـ هـذـهـ عـبـارـتـهـ مـنـ غـيـرـ زـيـادـةـ عـلـيـهـاـ .

وـكـأـنـهـ أـرـادـ فـرـضـ الـمـسـأـلـةـ فـيـ الـأـكـلـ فـسـبـقـ القـلـمـ أـوـ الـذـهـنـ إـلـىـ الشـرـبـ غـلـطـاًـ وـعـبـرـ بـالـتـرـدـدـ كـمـاـ عـبـرـ بـهـ إـلـاـ أـنـهـ أـطـلـقـهـ وـلـمـ يـضـفـهـ إـلـيـهـ ،ـ وـإـطـلاـقـهـ صـحـيـحـ إـلـاـ أـنـهـ مـحـتـمـلـ لـأـمـرـيـنـ فـفـهـمـ الرـافـعـيـ مـنـهـمـاـ غـيـرـ المـرـادـ ،ـ وـقـدـ وـقـعـ فـيـ «ـبـيـسـيـطـ»ـ عـلـىـ الصـوـابـ فـإـنـهـ حـكـيـ الـأـمـرـيـنـ كـمـاـ حـكـاهـمـاـ فـيـ «ـالـنـهـاـيـةـ»ـ ،ـ وـلـوـ عـبـرـ فـيـ «ـالـوـسـيـطـ»ـ بـقـولـهـ «ـوـلـوـ حـلـفـ لـاـ يـأـكـلـ»ـ لـاـسـتـقـامـ وـقـدـ نـبـهـ اـبـنـ الـرـفـعـةـ فـيـ «ـالـكـفـاـيـةـ»ـ عـلـىـ أـنـ التـرـدـ الدـيـ حـكـاهـ الرـافـعـيـ إـنـماـ هوـ اـحـتـمـالـيـنـ لـلـإـمـامـ .

وـلـاـ شـكـ أـنـ الـأـمـرـ كـمـاـ قـالـهـ مـنـ أـنـ الرـافـعـيـ إـنـماـ أـرـادـ التـرـدـ الدـيـ حـكـاهـ إـلـاـ أـنـهـ -ـ أـعـنـيـ :ـ اـبـنـ الـرـفـعـةـ -ـ لـمـ يـتـفـطـنـ لـاـ وـرـاءـ ذـلـكـ فـوـقـ فـيـ

غلطين نبهت عليهما في « الهدایة » .

قوله : ومنها إذا حلف لا يأكل السكر انعقدت اليمين على عين السكر دون ما يتخذ منه إلا إذا نوى ، وكذا الحكم في العسل والتمر . ثم إن ابتلع السكر من غير مضغ فقد أكله كما لو ابتلع الخبز على هيئته . انتهى كلامه بحروفه .

وما ذكره من الحنث بالابتلاع قد ذكر قبل هذا بنحو ورقة مثله أيضاً ، لكنه ذكر ما يخالفهما معًا في باب تعليق الطلاق بعد قوله : قال : القسم الثاني في فروع التعليقات ، بنحو كراس فحكى وجهين وصح عدم الحنث ، وقد سبق ذكر لفظه هناك ، وذكر سبب الاختلاف فراجعه .

قوله : والعطف في قوله تعالى : « **فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرَمَانٌ** » (٦٨) (١) لتخصيص النخل والرمان كما في قوله تعالى : « **وَرَسُلٌ وَجِبْرِيلٌ وَمِيكَالٌ** » (٩٨) (٢) انتهى .

لسائل أن يقول : كيف يكون هذا من باب ذكر الخاص بعد العام مع أن الفاكهة هنا نكرة في سياق الإثبات فلا تعم ؟

ويجيب عنه : بأنها نكرة في سياق الامتنان ، وهي تعم ، كما قاله القاضي أبو الطيب .

قوله : والثمار مختصة بالرطب ، وأما الفاكهة فتطلق على الرطب كالتفاح والليمون ، دون القثاء والخيار ، وعلى اليابس كالتمر والزبيب ، وكذا لب الفستق والبندق ونحوهما في أقرب الوجهين .

ثم قال بعد ذلك : وقال في « **التسمة** » : الفاكهة لا تتناول اليابس

(١) سورة الرحمن (٦٨) .

(٢) سورة البقرة (٩٨) .

كالتمرة، فإن كان هذا عن تحقيق أحوج إلى إعلام «الوجيز» انتهى كلامه.

وقد ظهر منه أنه مستغرب لما في «الستمة» متوقف في إثباته مؤذن بأن غيره لم يقل به مع أنه ثابت ، فقد جزم الماوردي في «الحاوي» : بأن ما يزول عنه الاسم الذي كان له في حال الرطوبة كالتمرة والزبيب لا يحيث به، وحکى وجهين في ما لا يزول كالتين والخوخ والمسمش .

فتحصلنا على ثلاثة أوجه قدية .

أحدها : ما قاله المتولي ، والذي قاله أوجه مما رجحه الرافعي ، بل غالب ما نقله في هذا الفصل مشكل .

النوع الثالث : في العقود

قوله : ولو حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد لم يحنت بما رجع إليه بالإقالة أو خلص له بالقسمة ، وإن جعلناه مما يتعين ويحنت بما يملكه بالتولية والاشراك والسلم ؛ لأنها بیوع في الحقيقة والإطلاق ، ولا يحنت بما يملكه بالصلاح على الصحيح [الذي أورده الصيدلاني والبغوي والتولي والروياني . انتهى كلامه]^(١) .

وما ذكره في السلم مناقض لما صححه في بابه من عدم انعقاده بلفظ البيع ، والرافعي - رحمه الله - قلد المتولي فإنه ذكر هذه المسائل بعينها في هذا الموضع ، إلا أن المتولي قد ذكر مسألة السلم في بابها ، وفي كتاب البيع وخرجها على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانها ؟ ولم يصح فيها شيئاً .

قوله في المسألة : ولو اشتري زيد طعاماً وعمرو طعاماً وخلطاه فأكل الحالف من المختلط فثلاثة أوجه :

أحدها : إن أكل أكثر من النصف حنت وإلا فلا ، وهذا عند استواء القدرین .

والثاني : لا يحنت وإن أكل الجميع ؛ لأنه لا يمكن الإشارة إلى شيء بأنه اشتراه زيد .

والثالث وهو الأصح : إن أكل من المخلوط قليلاً يمكن أن يكون مما اشتراه الآخر كعشر حبات من الحنطة وعشرين لم يحنت ، وإن أكل قدرًا صالحًا كالكف والكفين حنت .

(١) سقط من أ .

ثم قال : وقوله : في « الكتاب » : حنث إذا أكل المخلوط . يقع ظاهره على الجميع ، وإذا أكل جميع المخلوط يحنث باتفاق الوجه الأول والثالث . وينبغي أن يعلم بالواو للوجه الثاني ، ولفظ « الوسيط » : إذا أكل من المختلط . وهذا يخالف الوجوه الثلاثة ، وهو بعيد في نفسه فحسن أن يأول فيحمل على الأصح . انتهى كلامه .

وحاصله أن لفظ « الوسيط » مخالف للأوجه الثلاثة ، ولفظ « الوجيز » يوافق بعضها ، وهو عجيب فإن لفظ « الوجيز » يخالف الثلاثة أيضاً فإن مدلوله أنه يحنث بأكل الجميع ، ولا يحنث بأكل البعض ، وهذا ليس واحداً من الثلاثة فتأملها .

وأما كلام « الوسيط » فإنه لم يتعرض لتصويره بحث ولا غيره ، فيحتمل أن يكون قد أراد المائعت أو الأدقة ونحوها فإنّ لنا وجهاً أنه يحنث بأكل القليل منه لامتزاجه ، حكاه الماوردي وقال : إنه مذهب البصريين ، وهو وجه متوجه ينبغي الجزم به .

قوله : حلف لا يشتري أو لا يبيع ، فوكل من باع أو اشتري له ، أو لا يضرب عبده ، فأمر من يضرره ، أو حلف الأمير أو القاضي لا يضرب ، فأمر الجلاد فضرب لم يحنث . انتهى .

واعلم أن الرافعي في باب الخلع قد ذكر عن المتولي فرعاً مُقِيداً لما أطلقه هنا وأقره عليه فينبغي استحضاره فقال : إذا قال : متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، فبعثته على يد وكيلها فقبضه الزوج لم تطلق لأنها لم تعط هي ، ولو حضرت وقالت لوكيلها الحافظ لمالها : سَلَمْ إِلَيْهِ ، فَسَلَمْ طَلَقْتَ ، وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء .

قوله : ولو حلف لا ينكح أو لا يتزوج ، فوكل به فقبل له الوكيل ، ففي حنثه وجهان ، الذي أورده الصيدلاني وصاحب « الكتاب » : أنه لا يحنث

كالبيع ، والذي أورده صاحب « التهذيب » : هو الحنث ، لأنه هنا سفير محض . انتهى .

لم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » ولا في « الروضة » هنا ، وال الصحيح : هو الحنث ، كذا جزم به الرافعي في كتاب النكاح في باب بيان الأولياء في الكلام على التوكيل فيه ، وجزم به أيضاً في « المحرر » هنا وتبعه عليه في « المنهاج » .

نعم جزم صاحب « التنبيه » بأنه لم يحنث ولم يستدرك عليه في تصحيحة .

قوله : ولو قبل لغيره نكاح امرأة قضية الوجه الأول : أن يحنث ، قضية الثاني : أنه لا يحنث . انتهى كلامه .

وهذا التخريج الذي ذكره من عنده قد تابعه عليه في « الروضة » وقد صرخ الإمام في « النهاية » بالمسألة ، وجزم بأنه لا يحنث وعلله بأنه لا يطلق عليه اسم التزويج المطلق ، بل يقال : تزوج لغيره ، ولهذا لابد من التصرير في العقد بالسفارة .

ثم قال : وقد قطع الأصحاب بهذا في الطريق هذه عبارته .

ثم نقل عن الصيدلاني ما يخالفه وخطأه فيه ، وجزم به أيضاً الغزالى وهو واضح فوجب اعتماده للنقل والدليل .

قوله : وبمثله - أي عدم الحنث - أجاب في « الكتاب » في ما إذا قال : لا أكلم امرأة تزوجها زيد ، وكلم امرأة قبل نكاحها لزيد وكيله ، لكن هذا مبني على جوابه في المسألة السابقة، فإن قلنا : يحنث هناك حنث أيضاً هنا . انتهى .

وما ذكره الغزالى في هذه المسألة قد نقله الإمام عن الأصحاب ، قال : وهو القياس .

ونقل عن الصيدلاني : أنه يحث ، والصيدلاني قد تقدم عنه في المسألة السابقة موافقة الغزالى فكيف يستقيم تخریج هذه عليها ؟ !

قوله : فروع : إذا حلف لا يحلق رأسه ، فأمر غيره فحلقه فيه طريقان : أحدهما : أنه كما إذا قال : لا أبيع ، وأمر غيره بالبيع ، وفيه الخلاف ، أي والصحيح فيه أنه لا يحث .

والثاني : القطع بالحث لاطراد العُرف في الحلق بذلك . انتهى كلامه . والصحيح هو الحث كذا جزم به الرافعى في كتاب الحج من شرحه «الكبير» و «الصغير» في باب محرمات الإحرام في الكلام على تحريم الحلق .

قوله : ولو حلف لا يبيع لـ زيد مالـ فوكـلـ الحالـفـ رـجـلاـ بـالـبـيـعـ وـأـذـنـ لـهـ فـيـ التـوـكـيلـ فـوـكـيلـ زـيـداـ حـتـىـ باـعـهـ حـنـثـ الـحـالـفـ سـوـاءـ عـلـمـ زـيـدـ أـمـ لـمـ يـعـلـمـ ؛ لأنـ الـيـمـينـ مـنـعـقـدـةـ عـلـىـ فـضـ فعلـ زـيـدـ وـقـدـ فعلـ زـيـدـ باـخـتـيـارـهـ . انتهى .

وما أطلقه من الحث عند جهل زيد تبعه عليه في «الروضة» وهو غير مستقيم ، بل الصواب الجارى على القواعد أنه إن كان ذلك الغير لا يائمه بأمره [حث ، وإن كان يائمه بأمره] ^(١) فعلى القولين في الناسي .

قوله : هذا في ألفاظ المعاملات ، وسيأتي خلاف في أنه هل يحمل لفظ العبادات على الصحيح كما إذا حلف لا يصوم ولا يصلى ؟ ولا خلاف في أنه إذا حلف لا يحج بحث بالحج الفاسد لأنه منعقد يجب المضي فيه كالصحيح . انتهى كلامه .

وفيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من وقوع خلاف يأتي بعد هذا في حمل العبادات

(١) سقط من أ .

على الصريحة ، قد تابعه عليه في « الروضة » وهو سهو لا ذكر له ، بل جزم بحملها على الصحيح ، فإذا حلف مثلاً لا يصلني فأحرم بصلة فاسدة لا يحث ، وإن أحرم بصريحة ثم فسدت فيبني على أن اسم الصلة هل يصدق بالإحرام أو بالركوع أو بالفراغ ؟ فيحث على الأول ، ولا يحث على الأخير .

وأما الثاني : فإن فسدت بعد الركوع حث وإلا فلا [وهذا البناء أيضاً موافق لما جزموا به من اشتراط الصحة]^(١) ، وقد ذكر قبل ذلك في ألفاظ العقود مثله أيضاً حتى إذا حلف لا يبيع [لا يحث بيع]^(٢) الخمر ، فلو قال : لا أبيع الخمر ، فكذلك على الصحيح ، وقيل : يحث بيعه .

نعم حكى الرافعي في الكلام على المسألة السريجية في موضعين منها خلافاً في أن اللفظ عند الإطلاق يتناول الصحيح وال fasد أم يختص بالصريح ؟ إلا أنه في أحد الموضعين قيده [بألفاظ العقود وأطلق في الآخر ، وذكر نحوه أعني الخلاف]^(٣) في لفظ العقود قُبِيل الصداق بأوراق في الكلام على نكاح العبد ، واقتضى كلامه هناك أنه وإن تناوله فلا يحث به بلا خلاف .

الأمر الثاني : إذا حلف لا يحج ، فأحرم ثم جامع فإنه يحث بالإحرام وذلك قبل حصول الإفساد ، وحيثئذ فكيف صورة الحث بالحج الفاسد ؟ ، وصورته ما إذا أحرم بالعمرة ثم أفسدتها ثم أدخل عليها بالحج فإنه ينعقد فاسداً على الصحيح ، كذا ذكره الرافعي في الكلام على سن الإحرام ، ويتصور أيضاً في ما إذا حلف لا يحج حجة ، ولا يصور بما إذا أحرم

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وهو مجتمع ، فإن القول بانعقاده فاسداً ، وجه مرجوح كما نبينه في موضعه .

الأمر الثالث : أننا قد فرقنا بين الفاسد والباطل في أبواب من العقود ، منها : الخلع ، ولا شك أنه كالصحيح في الحنث به لأن البيونة قد حصلت وملكت نفسها وحلت للأزواج .

ومثله : الوكالة الفاسدة كما إذا سمي لها عوضاً فاسداً ونحوه ، وأما الكتابة الفاسدة فلا يتوجه الحنث بها لأن أثرها لم يحصل قبل الإعطاء ، وأما العتق الحاصل بعده فإنه لأجل التعليق .

قوله : منها : إذا حلف لا يهب فيحنث بكل تملك في الحياة خال عن العوض ، ثم قال : ولا يحنث بالضيافة ، لأنه لا تملك فيها على الصحيح . قال في « التتمة » : وفيها وجه يصير بناء على أنه يملك الضيف الطعام الذي يأكله . انتهى .

وما ذكره هنا من كون الضيف لا يملك واستبعد خلافه غريب ، فقد سبق في باب الوليمة أن الجمhour على كونه تَمَلّك ، وقد تقدم هناك الكلام عليه مبسوطاً .

قوله : ولو تم الإيجاب والقبول ولم يقبض فوجهاً :
أظهرهما عند المتولي : أنه يحنث ، لأن الهبة قد تحققت والمتخلف الملك .
وعند صاحب « التهذيب » : أنه لا يحنث ؛ لأن مقصود الهبة لم يحصل .
انتهى .

صحح الرافعي في « المحرر » : أنه لا يحنث ، وعبر بالأظهر ، وصححه النووي في « زوائد الروضة » ، والمسألة نظير البيع المستعقب لخيار المجلس والشرط .

وقد قالوا : إن اليمين المتعلقة به يدور الحنث والبر فيها على وقوعه سواء انفسخ أم لم ينفسخ ، لا على المقصود منه وهو حصول الملك ، فإذا قال السيد : إن بعث هذا فهو حر فباعه عتق في الحال ، سواء قلنا : الملك للبائع أو للمشتري أو موقوف ، كذا ذكره الرافعي في الباب السابع في تعليق الطلاق في أوائل الطرف السابع المعقود لأنواع من التعليق ، وتبعه عليه في « الروضة » وعلل العتق على قول ملك المشتري بأن البائع يجوز له الفسخ وإعتاقه فسخ ويعود الملك بالإعتاق إلى البائع ، والذي قالوه هناك أصوب من المذكور هنا ويؤيده أيضاً ما ذكره الرافعي في الإقرار : أن الإقرار بالهبة ليس إقراراً بالقبض على المشهور ، وقيل : إن كانت العين في يد الموهوب له فالقول قوله .

وذكر أيضاً في أواخر الرهن في الاختلاف في قبض المرهون مثله .

قوله : ولو حلف لا يعتق عبداً فكاتبه فعتق بالأداء لم يحنث ، ذكره ابنقطان . انتهى .

وما نقله من عدم العتق قد تابعه عليه في « الروضة » إلا أن القاعدة : أن تعليق العتق مع وجود الصفة إعتاق ، سواء كانت الصفة من فعل السيد أم لا .

كذا صرّح به في تعليق الطلاق في الكلام على نظيره ، وهو أن تعليق الطلاق مع وجود الصفة تطليق ، وهو في أثناء الطرف التالي المعقود للتعليق بالتطليق ، وقد صرّح الرافعي هناك بأن الخلع تطليق وإن كان متوقفاً على قبولها ، قال : وإنما لم يقع الطلاق المعلق على التطليق لبيانونتها ، فتلخص أن الصواب : أن هذا إعتاق ويحنث به هاهنا .

قوله : ولو حلف لا مال له ، وله مكاتب ، لم يحنث في أصح الوجهين لأنه كالخارج عن ملكه ، ويحنث بأم الولد في أصح الوجهين ، لأن رقتها مملوكة له ، ولسيدها منافعها ، وأرش الجناية عليها ، ثم قال ما نصه : وفي

«البيان» طريقة قاطعة بأنه لا يحث بالمكاتب . انتهى كلامه .

وهذا النقل عن «البيان» ليس مطابقًا للذى فيه ، فإنه لما ذكر الحلف على أنه لا مال له لم يذكر فيه المكاتب بالكلية ، إنما ذكر ذلك في الباب في الحلف على أنه لا عبد له .

فقال بعد فراغه من الكلام على أنه لا مال له : فرع : وإن حلف لا يملك عبداً وله مكاتب فمن أصحابنا من قال : فيه قولان ، ثم قال : ومنهم من قال : لا يحث قوله واحداً ، هذا كلامه وهي مسألة أخرى غير مسألة الرافعي ، وهل حكمهما واحد أم لا ؟ فيه نظر يحتاج إلى نقل ، وذكر في «المذهب» مثل ما في «البيان» .

واعلم أن الخلاف المذكور في المكاتب مُفْرَع على قولنا : أنه باق على ملك السيد ، وفيه ثلاثة أوجه حكاهَا في الكفاية هنا :

أحدها : هذا ، وهو المشهور .

وثانيها : أنه مملوك لا مالك له كسترة الكعبة .

وثالثها : أنه مملوك لنفسه ولم يعتق لأن ملكه لم يكمل .

قوله : ولو كان يملك منفعة بوصية أو إجارة لم يحث على الصحيح .

انتهى .

وما صححه من عدم دخول المنفعة في المال ، قد جزم بخلافه في كتاب الوصية فقال : الأموال تنقسم إلى أعيان ومنافع ، هذا لفظه ، وتبعه في «الروضة» على الموضعين .

قوله : ولو جنى عليه عمداً فلم يقبض ولم يعف قال في «البيان» : يتحمل أن يبني على أن موجب العمد ما إذا قلنا : القود ، لم يحث ، وإن قلنا : القود أو المال ، حث ، وقد يتوقف في هذا . انتهى .

قال في «الروضة» من «زوائد» : الصواب الجزم بأنه لا حث .

قوله : ولو حلف لا ملك له حث بالأباق ، والمغضوب وبأم الولد

وبالوقف إن قلنا : يملكه ، وبالمفعة المستحقة وبالدين ، وقياس ما سبق مجيء الخلاف في الآبق والمغصوب ، وإن كان في نكاح الحالف امرأة ففي «التممة» : إن الحنث يبني على أن النكاح هل فيه ملك أم هو عقد حل ؟ فإن قلنا : فيه ملك ، حنث . انتهى كلامه .

وما نقله - رحمه الله - في أم الولد وما بعده إلى الكلام على المرأة قد سقط من «الروضة» فقال ما نصه : فرع : حلف لا ملك له حنث بالآبق والمغصوب ، وإن كان له زوجة قال المتولي : يبني على أن النكاح هل هو عقد تمليلك أو عقد حل ؟ فإن قلنا : تمليلك حنث .

قلت : المختار أنه لا حنث إذا لم تكن نية ؛ لأنه لا يفهم منه الزوجة .
هذا لفظه .

وكانه انتقل نظره حالة الاختصار من المغصوب إلى المغصوب ، أو سقط من النسخة التي اختصر منها .

قوله في المسألة من «زوائد» : وينبغي أن لا يحنث بالكلب والسرجين وغيرهما من النجاسات ، ولا بالزيت النجس إذا لم نجوز بيعه . انتهى .

وما اقتضاه كلامه من انتفاء الملك عن الزيت النجس مردود ؛ لأنه قد كان قبل التجيس مملوكاً له ، ووقوع النجاسة لم تخرجه عن طهارة العين وإنما منعت بيعه ، ومنع البيع لا يلزم منه عدم الملك بدليل أم الولد ، والحبة من الحنطة والموقوف إذا ملكناه للأدمي وغير ذلك .

واعلم أن الماوردي قد حكى ثلاثة أوجه في دخول الاختصاصات في مسمى الملك .

ثالثها : إن صدق عليه هذا الاسم قبل ذلك ، ويصدق عليه أيضاً بعده كجلد الميتة ، فإنه يسمى مالاً وإلا فلا .

النوع الرابع : في الإضافات

قوله : ولو حلف لا يدخل مسكن فلان ، حنث بدخول مسكنه المملوك ، المستعار والمستأجر ، وفي المغصوب وجهان : أحدهما : لا يحنث لأنه لا يسكن ، وحکى الإمام فيه ثلاثة أوجه . أحدها : يحنث ؛ لأنه المستحق لسكناه .

وأصحها : وبه أجاب الصيدلاني : المنع ؛ لأنه ليس مسكنه حقيقة . وثالثها : أنه إن سكنها يوماً أو ساعة حنث ؛ لأنه أعده مسكنًا وهو على استحقاقه وإلا فلا . انتهى .

هذا موجود في نسخ الرافعي ، وهو غير منتظم من وجوه يرجع بعضها إلى التصوير ، وبعضها إلى التعليل ، وبعضها في حكاية الأوجه ، فقد انكشف الغطاء عن ذلك بحمد الله تعالى ، وظهر أن سبب هذا الخلط وعدم الانتظام سقوط شيء من كلام الرافعي عُلِمَ من « الشرح الصغير » ، فإنه قال : وفي المغصوب وجهان : وجه المنع : أنه لا حق له فيه حتى يضاف إليه ، والأصح : الحنث فإنه لا يسكنه ، وفي ملكه الذي لا يسكنه ثلاثة أوجه :

أحدها : يحنث ، لأنه يستحق سكناه . . . إلى آخر المسألة . هذا لفظ الرافعي بحروفه .

وقد ظهر منه أن الساقط عجز المسألة الأولى وصدر الثانية .

وقد اختصره في « الروضة » باجتهاده فقال : وفي المغصوب وجهان : لأنه لا يملك سكناه ، قلت : أصحهما الحنث ، والله أعلم .

وفي دخول داره التي لا يسكنها أوجه إلى آخره . هذه عبارته ، وهو اجتهد حسن وقد وقع لنا مثل ذلك أيضاً في السقط وبيانه من « الشرح

الصغير » واختصار النموذج له باجتهاده .

قوله : حلف لا يدخل دار زيد ، فباع زيد داره ثم اشتري غيرها ، قال الصيدلاني : إن قال : أردت الأولى بعينها ، لم يحث بدخول الثانية . وإن قال : أردت أي دار تكون في ملكه ، حث بالثانية دون الأولى . وإن قال : أردت أي دار جرى عليها ملكه ، حث بأيهما دخل . انتهى كلامه .

وسلكت عن حالة الإطلاق ، وقد نقل في « الكفاية » عن « زيادات العبادي » : أنه لا يحث بدخول الثانية في أظهر الوجهين . ونقل عن « تهذيب » البغوي : عكسه ، فقد راجعت « الزيادات » و« التهذيب » فرأيت فيهما ما يدل على ما ذكره إلا أنهما ليسا صريحين في ذلك .

قوله : وإذا حلف لا يلبس ثوبًا حث بلبس الرداء ، ثم قال : ولا يحث بوضع الثوب على الرأس ، ولا بآن يفرشه ويرقد عليه ، فإن ذلك ليس بلبس ، ولو تَدَرَّ به ، قال في « الكتاب » : فيه نظر ، وأراد به تردد وجه ، أحد الوجهين : أنه يحث ؛ لأن المتلفف في الدثار قريب من الارتداء .

وأظهرهما : المぬ لأنه لا يسمى لبساً . انتهى كلامه .

وما ذكره في التَّدَرُّ محله فيما إذا تَدَرَّ بقميص ونحوه ، فأما إذا تَدَرَّ بقباء أو فرجية ففيه تفصيل نقله عن الإمام في تحريه على المحرم وأقره عليه فقال : إن أخذ من بدنـه ما إذا قام عُدّ لابسه لزمه الفدية ، وإن كان بحيث لو قام أو قعد ، لم يستمسك عليه إلا بمزيد أمر فلا انتهى .

تابعه في « الروضة » على نقل هذا التفصيل وسكته عليه ، وحيثند فيجري مثله هاهنا ويحمل إطلاق الرافعي على ما تقدم ، ولأجل هذا صر الغزالي في « الوجيز » بتصويره في القميص .

قوله : فرع : حلف لا يلبس الخاتم فجعله في غير الخنصر من أصابعه ، فعن المزني في « الجامع الكبير » : أنه لا يحث ، لأن الخاتم في العادة لا يلبس في غير الخنصر ، وعلى هذا الجواب جرى صاحب « التهذيب » وقاسه على ما إذا حلف أن لا يلبس القلنسوة فجعلها في رجله .

والذي حكاه الروياني عن الأصحاب : أنه يحث . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » ، وفيه أمران يعلمان من كلام في الوديعة :

أحدهما : أن الراجح ما قاله البغوي .

الأمر الثاني : أن محل هذا الخلاف في الرجل أما المرأة فتحث جزماً .

وقد سبق لفظ الرافعي هناك لغرض يتعلق به فراجعه ، وسكت الرافعي عن حكم الختى ، وقد سبق هناك بيان حكمه .

قوله : إذا حلف لا يخرج فلان أو زوجته بغير إذنه أو إلا بإذنه فخرج بغير إذنه حث ، وإن خرج بإذنه لم يحث .

وهكذا لو قال : حتى آذن أو إلى آذن ، أو إلا آذن وعلى التقديرين ينْحَلُّ اليمين حتى لو خرج بعد ذلك بإذن أو بغير إذن لم يحث ، وفي ما إذا قال : بغير إذني ، أو إلا بإذني ، قول أنها لا تَنْحَلُّ إلا بخروجها بالإذن ، واختاره المزني والقفال ، لأن المحلوف عليه هو الخروج بغير الإذن ولم يوجد ، فأشبه ما إذا قال : إن خَرَجْت لابسة الحرير فأنت طالق ، فخرجت غير لابسة فإن اليمين لا تَنْحَلُّ ، ووجه ظاهر المذهب

بوجهين :

أحدهما : أن اليمين تعلقت بخرجة واحدة وهي الأولى ، وتلك الخرجة إذا كانت بغير إذن توجب الحنث ، فإن كانت بإذن حصل البر وارتفعت اليمين ، ويؤيده أنه لو قال : إن كان خروجك الأول بغير إذني فأنت طالق ، فخرجت أولاً بإذنه ، ثم خرجت بغير إذنه لا يحنث .

والثاني : ذكر أبو الحسن العبادي أن القاضي الحسين - رحمه الله - قال: راجعت غير واحد من علية أصحابنا - رحمهم الله - في تعليل هذه المسألة فلم أظفر بمقنع .

وعله من جاء بعده بأن هذه اليمين لها جهة بر وهي الخروج بالإذن ، وجهة حنث وهي الخروج بغير الإذن ؛ لأن الاستثناء يقتضي النفي والإثبات جميعاً .

وإذا كانت لليمين جهتان ووجدت إحداهما تَنْحَلُّ اليمين ، ألا ترى أنه لو حلف على أنه لا يدخل الدار اليوم أو ليأكلن هذا الرغيف غداً فإنه إن لم يدخل الدار في ذلك اليوم فإنه يسر ، وإن ابتغى أكل الرغيف ، وكذا إذا أكل الرغيف انحلت اليمين حتى لا يحنث ، وإن دخل الدار ذلك اليوم . انتهى ملخصاً .

وما ذكره - رحمه الله - من أن اليمين تعلقت بالخرجة الأولى عجيب ، فإنه مجرد دعوى لا دليل عليها بل قام الدليل على خلافها ، وإنما تعلقت اليمين بأول خرجة توجد بغير الإذن سواء كانت هي الأولى مطلقاً أم لم تكن ، واستدل الرافعي عليه بقوله : ويؤيده أنه لو قال : إن كان خروجك الأولى ... إلى آخره ، عجيب أيضاً فإن هذا قد صرخ فيه بالأولية ، وما يدل على أن اليمين ليست متعلقة بالأولى بخصوصها أنه لو

كان كذلك لكان يلزم أن تَنْحَلَ اليمين إذا وجد الخروج الأول مع النسيان ، مع أن أشبه الوجهين كما قاله الرافعي بعد هذا بأوراق : أنها لا تَنْحَلَ ، وعلله بأنّا إذا لم نحثه لم نجعل يمينه متناولة لما وجد ، وهذا التعليل الذي ذكره بعينه موجود في مسألتنا فيلزمه التسوية بينهما بلا شك ، والأقرب إلى الحق مسألتنا بتلك حتى يحث فيهما جميّعاً .

وأما التعليل الثاني : فإن كان المراد بقوله « جهة بر » أي : جهة يخرج بها من يمينه وتَنْحَلَ بها اليمين فلا يسلم أن الخروج بالإذن بهذه المثابة ، فإن ذلك تعين محل النزاع والذي يقول بهذه المثابة أنها إذا خرجت بعده بغير الإذن مطلق لا يسلم انحلال اليمين بخروجها بالإذن ، وإن كان المراد بقوله : « جهة بر » [أي : جهة لا يحث بها فمسلم ، لكن لا يلزم من وجود ما لا يحث به أن لا يحث] ^(١) بعد ذلك لوجود ما دخل في يمينه .

وقول الرافعي : « علية أصحابنا » هو بعين مهمملة مكسورة ولا مساكنة وياء مفتوحة ب نقطتين من تحت ، وهو جمع لعلي مشدد الياء وهو الشريف الرفيع ، يقال : رجل علي ورجال عليه كصبي وصبية . قاله **الجوهري** .

قوله : ولو قال : إن خرجت بغير إذني لغير عبادة فأنت طالق ، فخرجت لعبادة ثم عرضت حاجة فاشتغلت بها لم تطلق ، وإن خرجت لعبادة وغيرها ، فالمذكور في « الشامل » والمنسوب إلى نصه أيضاً في « الأم » : أنه لا يحث ، وذكر صاحب « التهذيب » : أنه الأصح ، ويشهي أن يقال : إن كان المقصود من قوله : « لغير عبادة » ما هو بمعزل عن العبادة فلا يحث ، وهذا هو السابق إلى الأفهام ، وإن كان المقصود ما يغايره في الحقيقة فمجموع العبادة

(١) سقط من أ .

والحاجة الأخرى يغادر مجرد العبادة .

ولو قال : إن خرجت إلا للعبادة ، فينبغي أن يحنت ، لأنه يصدق أن
يقال : لم تخرج للعبادة ، وإنما خرجت لها ولغيرها . انتهى كلامه .

وقد اختلف كلام « الروضة » في هذه المسألة اختلافاً عجيباً فقال هنا
من « زوائدہ » : قلت : الصواب الجزم بأنه لا يحنت ، والله أعلم .

وقال من « زوائدہ » أيضاً في أواخر تعليق الطلاق : قلت : الأصح
الوقوع ، ومن صححه الشاشي ، والله أعلم .

وقد سبق ذكر الأصل والزيادة في موضعها ، وجذم البنديجي والشيخ
أبو حامد بعدم الوقع ، وجذم بالواقع المحاملي وصححه الماوردي .

النوع الخامس : في الكلام

قوله في « الروضة » : حلف لا يكلمه فكتب إليه كتاباً أو أرسل إليه رسولًا فقولان :

الجديد : لا يحث ، ومنهم من قطع به .

وقيل القديم : إنما هو إذا نوى بيمينه المكاتبة ، وقيل : القولان في الغائب ، فإن كان معه في المجلس لم يحث قطعاً . انتهى كلامه .

وحاصله حكاية أربع طرق ، ولم يذكر الرافعي ذلك ولا يصح مجيهه أيضاً ، بل المذكور فيه وهو الصواب : إنما هو ثلاثة فقط ، وجعل الثالث الذي في « الروضة » حملأً من صاحب الطريقة الثانية ، وعبر بقوله : « وقال » عوضاً عن قول « الروضة » .

قوله : وهجران المسلم حرام فوق ثلاثة أيام ، قال في « الروضة » : هذا إذا كان الهجر لحظوظ النفوس وتعنتات أهل الدنيا ، فأما إذا كان المهجور مبتدعًا أو مجاهراً بالظلم والفسق فلا يحرم مهاجرته أبداً ، وكذا إذا كان في المهاجرة مصلحة دينية . انتهى .

وكلامه يتضي أن المبتدع لا فرق فيه بين أن يكون مجاهراً ببدعته أم لا ، بخلاف الظالم والفاسق ، والصواب التسوية ، وقد سوّى بين المبتدع والفاسق في أول باب الشقاق بين الزوجين في جواز الهجران من غير شرط ، فقال : فإن كان عذر بأن كان [المهجور] ^(١) مذموم الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما ، أو كان فيه صلاح لدين المهاجر أو المهجور فلا يحرم ، وعلى هذا ما ثبت من هجر النبي ﷺ كعب بن مالك وصاحبيه ، ونهيه

(١) في ب : الزوج .

الصحابة عن مكالمتهم . انتهى .

وقد ذكر هناك عن الإمام أنه ذهب إلى أنه لا يحرم ترك الكلام أصلًا ، لكن إذا تكلم فعليه أن يحيث .

قوله : وإن كانت موافقتهما قبل ذلك بالكتابة والمراسلة فيرتفع الإثم بها ، وإلا فإن تعذر الكلام لغيبة أحدهما عن الآخر فكذلك ، وإلا ففيه وجهان بناء على القولين الجديد والقديم ، حتى لو حلف أن يهاجر فلاناً فهل يحيث بالكتابة والمراسلة ؟ فيه هذا الخلاف . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ظاهر البناء يقتضي رجحان بقاء التحرير مع المراسلة والكتابة وعدم الحث بهما ؛ لأن الجديد : أن الكتابة والمراسلة ليستا من قبيل الكلام ، وقد صرخ بالأول في « الروضة » من « زوائد » ، فقال : والأصح : أنه لا يزول التحرير بالكتابة والمراسلة .

نعم صحيح الرافعي في « الشرح الصغير » خلافه فقال : فيه وجهان بناء على القولين ، والظاهر : الحث وأن إثم المهاجرة المحرمة يرفع بهما .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » قد عبر بقوله : حتى لو حلف لا يهاجره ، أعني بصيغة « لا » كذارأيته بخطه والصواب ما في الرافعي .

قوله : ولو حلف لا يكلمه ، فسلم عليه ، حث ، فإن سلم على قوم وهو فيهم ، واستثناء باللفظ لم يحيث ، وإن استثناء بالنسبة فكذلك ، وذكر فيه قوله آخر .

وإن أطلق : حث في أظهر القولين عند الشيخ أبي حامد . انتهى ملخصاً .

والصحيح ما صححه أبو حامد المذكور ، فقد قال بعد هذا بأوراق في

الخلف على السلام : إنه الظاهر ، وقال هنا في « الشرح الصغير » وأصل « الروضة » : إنه الأظهر .

قوله : ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه فسبح لسهوه أو فتح عليه القراءة لم يحيث ، ولو قرأ آية فُهِمَ منها مقصوده لا يحيث إن قصد القراءة وإنما فيحيث .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في التسبيح والفتح من عدم التفصيل مع التفصيل في المسألة التي بعدها كالتصريح في أنه لا فرق في التسبيح والفتح بين أن يقصد أم لا ، مع أنه قد ذكره في إبطال الصلاة ، فإذا ألحقه بالكلام وهو يقصد إفهامه به لزم الحث .

الأمر الثاني : أن المسألة الثانية وهي فهم المقصود من الآية فيها كلام سبق في شرائط الصلاة فراجعه .

النوع السادس : في تأخير الحنث وتقديمه

قوله : إحداهما : حلف ليأكلن هذا الطعام غداً فتلف قبل الغد ، فيخرج على قوله المكره .

فإن قلنا : يحنث ، فهل يحنث في الحال بحصول اليأس أو بعد مجيء الغد لأنّه وقت البر والحنث ؟ فيه قولان أو وجهان ، والذي أورده ابن كج هو الثاني ، والخلاف كالخلاف في ما لو حلف ليصعدن السماء غداً .

قال في « التتمة » : وفائدة الخلاف أنه لو كان معسراً يكفر بالصوم ، جاز أن ينوي صوم الغد عن كفاراته إن قلنا : يحنث قبل الغد . انتهى .

فيه أمراً :

أحداهما : أن النموي في « الروضة » قد تابعه على التردد بين القولين والوجهين من غير ترجيح ، والمعروف أنهما وجهان ، فقد جزم به الرافعي قبل ذلك في النوع الثاني المعقود للأكل والشرب ، وجزم به أيضاً في كتاب الصيام من « الروضة » .

الأمر الثاني : أن الراجح هو الوجه الثاني وهو الحنث في الغد ، كذا رجحه الرافعي في النوع المذكور ، فقال : ويشبهه أن ترجح الثاني هنا أي في هذه المسألة ونحوها ، وهو ما إذا تعلق المستحيل بوقت معين بخلاف ما إذا كان مطلقاً كما إذا قال : والله لأصعدن السماء ، أو لأشرين ماء النهر ، فإن الأصح أنه يحنث من الآن .

ومن فوائد الخلاف أيضاً كما قاله في « النهاية » و « البسيط » وقد تبعه عليه في « الروضة » أيضاً : ما لو مات الجالف قبل مجيء الغد أو أعنصر ، وقلنا : يعتبر في الكفاراة حال الوجوب .

قوله في المسألة : فإن قلنا : لا يحنث قبل مجيء الغد ، فهل يحنث إذا

مضي من الغد زمن إمكان الأكل أو قُبيل غروب الشمس ؟ وجهان
أصحهما عند البغوي : الأول . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الراجح هو ما صححه البغوي ، وقد صححه الإمام أيضًا
وبالغ في تضعيف مقابله ، وصححه أيضًا غيره .

الأمر الثاني : أن ما نقله من الحنث قُبيل الغروب على الوجه الآخر فإنه
خلاف المعروف ، ففي « الحاوي » و « النهاية » و « البسيط » وغيرها : أنه
بعد الغروب .

وحكى الماوردي وجهاً رابعاً : أنه يحيث بمجرد طلوع الفجر ، وعلله
بأنه أول وقت البر فأشبه الصلاة التي يكون خروج وقتها دليلاً على
وجوبها [بأوله]^(١) .

قوله : ولو قال : لأقضين حركك إلى أيام ، ففي « المجرد » للقاضي أبي
الطيب : أنه يحمل على ثلاثة أيام ، وعلى هذا جرى الصيدلاني ، وصاحب
« التهذيب » وغيرهما ، وقال آخرون منهم المحاملي : هو كالحين لأنه يقع
على القليل والكثير ، فيقال : أيام الفتنة . انتهى .

وقد ذكر الرافعي في آخر تعليق الطلاق نقاً عن البشنجي أنه لو حلف
ليصومن أزمنة بر بيوم لاشتماله على أزمنة ، ولو حلف ليصومن الأيام
فيحمل على أيام العمر أو على ثلاثة أيام وهو الأولى ، هذا كلامه .

والذاهب هناك إلى أيام العمر لا يأبى ما ذهب إليه هنا ، لكن الذاهب
هنا إلى إلحاقه بالحين يلزم اطراده هناك ، وقد صحق في « الروضة » هنا
الأول ، قال : لأنه المفهوم عند الإطلاق ، وأما أيام الفتنة ونحو ذلك فدللت
عليه القرينة .

(١) سقط من أ.

النوع السابع : في الخصومات

قوله : وإذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فلم يفارقه بل فارقه الغريم ، فالظاهر وهو المشهور : أنه لا يحثن الحالف سواء تمكّن من منعه أو من متابعته أو لم يتمكّن ؛ لأنّه حلف على فعل نفسه فلا يحثن بفعل الغريم . انتهى .

وما ذكره هنا من أنه لا عبرة بالتمكن ، قد خالفه في « المحرر » فإنّه شرط لعدم الحث أن لا يتمكّن فقال : وإن هرب صاحبه ولم يمكنه أن يتبعه لم يحثن .

هذا لفظه واستدرك عليه في « المنهاج » وصحح كما في « الروضة » .

قوله : ولو قال لغريميه : والله لا يفارقني ، فاليمين منعقدة على فعل الغير ، ثم قال ما نصه : فإن فارقه ناسيًا أو مكرهًا خرج الحث على القولين ، ونقل صاحب « التهذيب » طريقة أخرى قاطعة بأنه يحثن ، والاختيار يعتبر في فعل الحالف لا في فعل غيره . انتهى كلامه .

وما ذكره من التخريج على القولين قد تابعه عليه في « الروضة » وهو غير مستقيم ، فإنه قد سبق في الطلاق أنه إذا حلف على فعل غيره ففعل ذلك الغير الشيء المحلوف عليه ناسيًا أو مكرهًا فإن كان من لا يبالي بالحالف حث ، وإن كان من يبالي كزوجته فعل القولين .

فينبغي أيضًا مراعاته هنا ، والكلام الذي ذكره هنا لا إشعار له بهذا التفصيل بل يشعر بخلافه ، إلا أن يقال كونه غريًا له فجعله من يبالي به وهو ضعيف ، فإنه قد يكون ممتنعًا عليه أولاً ببينة له .

قوله : وإذا قال : لا أفارقك حتى أستوفي حقي منك ، فأفلس الغريم

فمنه الحاكم من ملازمته ففارقه فيه قوله : حنث المكره ، وإن فارقه باختياره ، حنث ، وإن كان تركه واجباً كما لو قال : لا أصلي الفرض ، فصلى حنث . انتهى كلامه .

وقد ذكر الرافعي في آخر تعليق الطلاق نظير هذه المسألة - أعني المفارقة بالاختيار - ونقل فيها خلافاً ، ومن جملة ما نقله فيها عن الشافعي : أنه لا يحنث ، وقد ذكرت المسألة هناك فراجعها .

قوله : ولا يشترط فيه - أي في الضرب المحلوف عليه - الإيلام ، ألا ترى أنه يقال : ضربه ولم يؤلمه ، ويخالف الحد والتعزير يعتبر فيما الإيلام ؟ لأن الغرض هناك الزجر ، وإنما يحصل ذلك بالإيلام ، واليمين يتعلق بالاسم ، وقال مالك : يشترط الإيلام ، وللأصحاب وجه مثله وذكرناه في الطلاق . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره غريب جداً ، فإنه قد سبق في الطلاق تصحيح العكس ، وعبر بالأشهر ، ووقع هذا الاختلاف أيضاً في « الروضة » على وجه هو أشد مما وقع في الرافعي ، فقال في الطلاق : ويشترط فيه الإيلام على الأصح ، وقيل : لا يشترط ، وعبر هنا بقوله : ولا يشترط الإيلام ، وحکى وجه ضعيف : أنه يشترط ، وقد سبق في الطلاق . هذا لفظه .

فانظر كيف جعله هناك الأصح وجعله هنا وجهًا ضعيفاً ، وجزم الرافعي في « المحرر » والنوي في « المنهاج » : بعدم اشتراطه ، وبه أجاب الرافعي في البابين من « الشرح الصغير » فإنه صححه في هذا الباب كما صححه في « الكبير » ، ونقله في الطلاق عن الأكثرين فقال : شرط بعضهم أن يكون فيه إيلام ولم يشترطه الأكثرون واكتفوا بالصدمة . هذا لفظه .

وهو يقتضي أن ما وقع في « الكبير » هناك من كون الأشهر هو

الاشتراط غلط حصل من سبق قلم أو تحريف من الناقلين من المسودة وهو الظاهر .

واعلم أن محل الخلاف إذا لم يصف الضرب بالشدة ، فإن وصفه به فقال : ضرباً شديداً ، فلابد من الإيلام الناجع ، كما قاله الإمام في كتاب الأيمان .

قال : ولا حد نقف عنده في تحصيل البر ولكن الرجوع إلى ما يسمى شديداً ، وهذا يختلف لا محالة باختلاف حال الضروب . انتهى .

وهذه المسألة قد صرخ بها الشافعي في « المختصر » فقال : وإن لم يقل ضرباً شديداً فأي ضرب ضربه إيه لم يحث لأنه ضاربه .

هذه عبارته وذكرها أيضاً القاضي الحسين ، والبغوي والرافعي في « المحرر » والنwoي في « المنهاج » ، وليس لها ذكر في « الشرحين » ولا في « الروضة » .

قوله من « زوائده » : قلت : ولو ضرب ميتاً لم يحث ، ولو ضرب مغمى عليه أو مجنوناً أو سكراناً حث لأنه محل الضرب بخلاف الميت ، ذكره المتولي . انتهى .

ومسألة الميت قد تقدم ذكرها من كلام الرافعي في كتاب الطلاق ، ونقل فيها خلافاً عن حكاية المتولي .

قوله : ولو حلف ليضربن عبده مائة خشبة أو ليجلدنه مائة فضربه بعشكال عليه مائة شمراخ ضربة واحدة حصل البر إذا تيقن أن الكل أصابه ، وما معنى إصابة الكل ؟ الظاهر : أنه لا يتشرط أن تلقي القضبان بدنه أو ملبوسه بل يكفي أن ينكبس بعضها على بعض بحيث يناله ثقل الكل ، وفيه وجه : أنه لا يكفي الانكباب بل لابد من ملاقة الجميع بدنه أو ملبوسها . انتهى كلامه .

وما رجحه من عدم اشتراط الماسة قد رجحه أيضاً في « الشرح الصغير» وعبر بالظاهر أيضاً ، وتبعه على ترجيحه النووي في « الروضة » ، والذي نص عليه الشافعي : اعتبار الماسة لا الانكباس ، وقد نقله عنه أيضاً الشيخ أبو حامد في « تعليقه » والماوردي في « الحاوي » وغيرهما .

قالوا : وصورة البر أن يأخذ ضيقاً مشدود الأسفل محلول الأعلى .

قوله : ولو شك في إصابة الكل [فالنص] ^(١) أنه لا يحث ، ونقل المزني عن نصه في ما إذا حلف ليدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد فلم يدخل وما زيد ولم يعلم هل شاء أم لا ؟ أنه يحث ، فقيل : فيها قولان ، وقيل : بتقرير النصين .

والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس والتشقق فيكتفي به ، وهناك أمارة تدل على أنه شاء ، والأصل عدم المشيئة ، والظاهر في الضرب : أنه لا يحث ، وإن ثبت الخلاف ، وفي المشيئة أنه يحث . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن هذا الفرق الذي ذكره الرافعى مشهور في كتب الأصحاب على اختلاف طبقاتهم وهو يقتضي وجود غلبة الظن في الضرب بإصابة الجميع ، ولهذا قال في « المذهب » : والظاهر إصابة الجميع ، وصرح به الإمام أيضاً فقال : والوجه عندنا أن يقع الضرب على حالة يغلب على الظن حصول المطلوب منها ، فلو لم يغلب على الظن فيبعد اعتقاد البر من غير ظن .

ثم قال : فإن قيل : إذا كان كذلك فلم اشتراط غلبة الظن ؟ قلنا : لا أقل منها ، هذه عبارته .

(١) سقط من أ .

وذكر الغزالى نحوه وكذلك الشيخ أبو حامد في « تعليقه » ، فإنه نقل عن المزني : أن الشافعى حنثه في المشيئة ولم يحثّه هنا بالشك ، فأجاب عنه الشيخ بقوله : قلنا : لا فرق بين الموصعين وإنما حكم بالظاهر فيما ، هذه عبارته ، وصرح به أيضاً البنديجى وغيره .

إذا علمت ذلك فتعيير الرافعى وغيره فاسد مع ذكرهم هذا الفرق ، وتصريحهم بغلبة الظن صحيح لأن الشك يطلق ويراد به التردد كيف كان لا سيما عند الفقهاء .

وقد ظن النبوى أن الأصحاب مختلفون في اشتراط الظن وأن المراد بالشك عند الرافعى وغيره هو المستوى الطرفين ، فقال : قلت : هكذا صور الجمهور مسألة الخلاف في ما إذا شك .

وذكر الدارمى وابن الصباغ والمتولى : أنه إذا شك حنث ، وإنما لا يحث على المخصوص إذا غالب على ظنه إصابة الجميع .

وهذا حسن لكن الأول أصح ؛ لأنه بعد هذا الضرب يشك في الحنث والأصل عدمه .

هذا كلامه وهو عجيب يُظهر فساده ما تقدم فإن كلام الأصحاب متفق على اشتراط الظن هنا تصريحاً أو تلويناً ، ولم نجد أحداً صرحاً بأن المراد بالشك هو المستوى الطرفين ، ثم إن التعليل الذي ذكره من « زوائد » عليه لا له ؛ لأن المسألة إذا كانت مفروضة في ما إذا احتملت الإصابة وعدمها على السواء ، وقد تعلق به حكم اليمين ، والأصل عدم إصابة الجميع وإذا كان الأصل عدم إصابة الجميع ولا ظاهر يدل على خلافه لزم أن يكون الأصل على هذا التقدير هو الحنث ، لا عدم الحنث .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن الجمهور وارتضاه من تصوير مسألة الخلاف بالشك ، إن أراد به تساوى الاحتمالين فقط فيخرج من كلامه ما إذا رجع

احتمال عدم إصابة الجميع ، أو يرجع إصابة الجميع فيقال له : لم تبين حكمهما على القول الذي نسبته إلى الجمهور وصححته ، وإن أراد مطلق التردد فيكون قد اختار عدم الحث مع غلبة الظن بعدم الإصابة ، ولا يمكن القول به .

الأمر الثالث : أن ترجيحه في الضرب بعدم الحث يخالف ما ذكره في الطرف الثاني من كتاب حد الزنا فإنه قد جزم هناك بأنه إذا حصل الشك في الحد لا يجزئ ، والمسالتان متشابهتان ، ووقدت المسالتان كذلك في «الشرح الصغير» و«الروضة» .

قوله : ولو حلف ليضربنے بالسوط لم يبر بالعصا والشماريخ لأنه لا يقع عليه اسم السوط ، وإذا قال : مائة سوط ، فالظاهر : أنه لا يحصل البر بضربه بعثكال عليه مائة شمراخ ، ولكن يبر بأن يجمع مائة سوط ويشدتها ويضربها دفعة واحدة ، على ما سبق ، وفيه وجه : أنه وإن ذكر السوط يبر بالعثكال كما في لفظ الخشبة ، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» . انتهى كلامه .
فيه أمران :

أحدهما : أن ما صححه من كونه لا يبر بالعثكال عند تعبيره بالسوط ذكر مثله في «الشرح الصغير» وخالف في «المحرر» ، فجزم بأنه يبر فقال : ولو حلف ليضربنے مائة سوط أو خشبة فشد مائة وضربه بها ضربة واحدة أو ضربه بعثكال عليه مائة شمراخ بـ، هذا لفظه .

ووقع هذا الاختلاف أيضاً بين «الروضة» و«المنهج» .

والصواب الذي عليه الفتوى أنه يكفي كما في «المحرر» و«المنهج» فإنه المعروف في المذهب ولهذا قطع به الشيخ أبو حامد البندنيجي والمحاملي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبغوي وغيرهم ، ويدل عليه أن الرافعي قد جزم بالاكتفاء - أي : بالعثكال - عند التعبير بالخشبة كما سبق

نقله عنه في المسألة المقدمة ، مع أن الشمراخ لا يطلق عليه اسم الخشب ، فإنما أن نظر إلى اللفظ أو إلى المعنى .

والمذكور هنا من كون العثكال لا يكفي عند التعبير بالسوط نقله الإمام في « النهاية » فتابعه عليه الرافعي .

الأمر الثاني : أن مقتضى كلامه أنه لو حلف ليضربيه بالسوط لم يبر بالعصا والشماريخ جزماً ، وأنه إذا قال : مائة سوط ، فيبر بها على وجه فتأمله ، وهكذا كلام « الروضة » أيضاً ، وهو باطل بلا شك فإن الخلاف كما يجري في الثانية يجري في الأولى .

قوله : وإذا حكمنا بعدم الحث في الناسي والجاهل فهل تتحلل اليمين ؟ فيه وجهان : أشبههما وبه أجاب الصيدلاني : لا تتحلل اليمين . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي ذكره هنا من أنه الأشبه ونقله عن الصيدلاني خاصة قد نقله في كتاب الإيلاء عن الأصحاب فقال : إنه الأوفق ل الكلام للأئمة .

ذكر ذلك في الحكم الرابع من الباب الثاني فاعلمه .

الأمر الثاني : أنه إذا قال : أنت طالق قبل أن أضربك بشهر ، فضربيها ، فينظر كما قاله الرافعي في أوائل باب تعليق الطلاق : إن ضربها بعد شهر من وقت التعليق تبيناً وقوع الطلاق ولا كلام .

وإن كان الضرب قبل ذلك لم تطلق على الصحيح وتتحلل اليمين حتى لو ضربها بعد ذلك لم يقع شيء .

قال : وللإمام احتمال أنها لا تتحلل لكون الضرب الأول ليس هو المحلوف عليه . هذا كلامه .

وهذه المسألة مع مسألتنا على حد سواء ، فإنه إذا علق على الضرب مثلاً كان المعلق عليه هو الضرب من حيث هو لا يفيد التعميم ولا يفيد الاختيار؛ إذ لو كان المعلق عليه هو الضرب عمداً لم يحث بالناسي قطعاً، ولو كان هو الضرب مطلقاً عمداً كان أو ناسيًا لكان يحث بالنسیان قطعاً كما ذكره الرافعی في موضعه ، فثبتت أن المحلوف عليه قد وجد في كل من المثالين إلا أنه لم يحث لمانع وهو عدم الاختيار في مسألتنا ، واستحالة الحث قبل اليمين في مسألة الطلاق .

فالمتوجه ما قاله هناك وهو انحلال اليمين لوجود المعلق عليه حقيقة .

قوله : وإذا حلف لا يدخل الدار فحمل بغير إذنه ولكنه كان قادرًا على الامتناع فلم يمتنع ، فالظاهر : أنه لا يحث أيضاً لأنه لم يوجد منه الدخول ، ومنهم من جعل سكوته بمثابة الإذن في الدخول ، ولو حمل بأمره حث ، وكان كما لو ركب دابة . انتهى كلامه .

وما ذكره من ترجيح عدم الحث عند القدرة على الامتناع قد ذكر في أواخر الشرط في الطلاق خلافه ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : ولو حلف لا يدخل على زيد وكان الحالف في بيت فدخل عليه زيد ، فإن خرج الحالف في الحال [لم يحث ، وإنما فقيل : لا يحث]^(١) .

وقيل : فيه خلاف ، بناء على استدامة الدخول هل هي دخول ؟ ، وأجاب ابن الصباغ عن هذا بأن الاستدامة إن جعلت دخولاً كانا كالداخلين معاً فلا يكون أحدهما داخلاً على الآخر . انتهى .

نقل القاضي أبو الطيب عن نصه في « الأم » : أنه لا يحث ، واستحسن النووي مقالة ابن الصباغ .

(١) في الأصل والروضة : « لم يحث ، وإنما فقيل : لا يحث » ، ولعل ما أثبتناه هو الصواب .

قال رحمة الله : وليختم الباب بأصول مأثورة وفروع منشورة في فصلين .

قوله : وذكر القاضي ابن كج : أنه إذا قال : والله لا دخلت ، وكرر ذلك ونوى التأكيد فهو يمين واحدة ، وإن نوى بالثاني يميناً أخرى أو أطلق فيلزم منه بالحنث كفارة أو كفارتان ؟ فيه وجهان . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الأصح في ما إذا نوى الاستئناف أنه يلزم منه كفارة واحدة ، كما صححه الرافعي في آخر كتاب الإيلاء فقال : إنه الأظهر عند الجمهور ، وجزم به أيضاً في آخر الظهار في الكلام على تكرير لفظ الظهار ، وقال في « الروضة » هنا من « زوائد » : إنه الأصح .

الأمر الثاني : أن الرافعي جعل هذا الخلاف في آخر كتاب الإيلاء قولين على خلاف ما قاله هنا من أنه وجهان .

الأمر الثالث : أن هذه المسألة تشبه تكرار الظهار ، وتكرار التحرير في الزوجة والأمة .

فأما الظهار فقال الرافعي : قد يكون الثاني متصلةً بالأول وقد يكون منفصلاً ، فإن كان متصلةً : فإن أراد بالثاني التأكيد فهو ظهار واحد ، وإن أراد ظهاراً آخر .

فالقديم : أنه ظهار واحد لا يتعلق به إلا كفارة واحدة قياساً على اليمين .

الجديد : التعدد ، لأنه كلام يتعلق به التحرير ، فإذا كرره بقصد الاستئناف تكرر حكمه كالطلاق ، فإن أطلق وجبت كفارة واحدة في ظهار القولين .

وأما إذا تفاصلت المرات وقصد الاستئناف أو أطلق بكل مرة ظهار برأسه ، وفيه قول : إنه لا يكون الثاني ظهاراً آخر ما لم يكفر عن الأول .

وأما ما إذا كرر التحرير في الزوجة أو الأمة فينظر ، إن قال ذلك في مجلس واحد لزمه كفارة واحدة ، فإن اختلف المجلس ونوى التأكيد فكذلك ، وإن نوى الاستئناف تعددت الكفارة على الصحيح ، وإن أطلق على قولين ، كذا نقله الرافعي في أركان الطلاق عن الصيدلاني ولم يخالفه ، وجزم به في « الروضة » من غير نقله عن الصيدلاني ، وهذا إنما قد اشتراكاً في أن كلاًًاً منهما يقتضي كفارة ناجزة لا توقف على الفرعان قد اشتراكاً في أن كلاًًاً منهما يقتضي كفارة ناجزة لا توقف على الوطء ، وقد أوجبوا فيهما عند الاستئناف كفارتين بخلاف اليمين ، وقد تقدم الفرق في كلام الرافعي بين الظهار واليمين ، وذلك الفرق لا يأتي في ما إذا قال : أنت على حرام .

فإنها لا تحرم بذلك ، وقد يفرق بين اليمين وبينهما بفرق واحد شامل وهو أن التحرير والظهار يوجبان الكفارة إيجاباً منجزاً ، فلما أتى اللفظ الثاني وجد الكفارة قد استقرت باللفظ الأول فتعين إيجاب أخرى له ، وإن لزم إلغاؤه بخلاف اليمين ، فإن وجوب الكفارة متاخر عنهما لتوقفه على فعل المحلوف عليه فأمكن الاقتصار على كفارة واحدة .

نعم أطلقوا في اليمين ولم يفصلوا بين أن يحلف على مستقبل أو لا ، فإن كان الحكم كذلك فلا يزول الإشكال بما ذكرناه .

ويشكل على الفرق أيضاً ما ذكره الرافعي في آخر الظهار فقال : فرع : قال في « التهذيب » : لو قال إن دخلت الدار فأنت على كظاهر أمي ، وكرر هذا اللفظ ثلثاً فإذا دخلت الدار صار مظاهراً ، فإن قصد التأكيد لم تجب إلا كفارة واحدة وإن قالها في مجالس ، وإن قصد الاستئناف تعددت الكفارة ويجب الجميع بعد واحد بعد الدخول ، فإن طلقها عقب الدخول لم يجب شيء وإن أطلق فهل يحمل على التأكيد أم الاستئناف ؟ قوله .
هذا كلامه .

وجزم به في « الروضة » ولم ينقله عن « التهذيب » كما نقله الرافعي .

ووجه الإشكال أن وجوب الكفارة متوقف على الدخول ، ومع ذلك فقد حكمو بالتعدد ولم يسروا بينه وبين اليمين ، فإن قيل : لعل الفرق أن الظهار لما كان محرماً قلنا فيه بالتعدد تغليظاً .

قلنا : فيلزم التفصيل في اليمين بين أن يحلف على فعل معصية أم لا .

وها هنا تنبية آخر : وهو أن الرافعي غایر بين التحرير وبين الظهار فيما إذا نوى الاستئناف في المجلس الواحد ، فإنه أوجب به كفارة واحدة في التحرير وحكم بالتعدد في الظهار ، وذكر الرافعي أيضاً في آخر الإيلاء أنه إذا أطلق فهل يحمل على التأكيد أم الاستئناف ؟ فيه قوله ، ثم قال المتولى : الأظهر : الحمل على التأكيد عند اتحاد المجلس ، وعلى الاستئناف عند تعدده .

قوله : في كتب أصحاب أبي حنيفة أن المعرفة لا تدخل تحت النكرة لمغايرتهما ، فإذا قال : لا يدخل داري أحد ولا يلبس ثوبي أحد ، دخل في اليمين غير الحالف لأنه صار معرفاً بإضافة الدار والقميص إليه .

قالوا : ولو عرف نفسه بإضافة الفعل بأن قال : لا ألبس هذا القميص أحداً ، أو عَرَفَ غيره بالإضافة إليه ، لأنه صار معرفاً ، وكذا لو قال : لا يقطع هذه اليد أحد ، وأشار إلى يده ، لم يدخل هو ، وقد يتوقف في هذه الصورة الأخيرة والسابق إلى الفهم في غيرها ما ذكروه ويجوز أن تخرج الصورة الأولى على الحالف في المخاطب هل يندرج تحت الخطاب ؟ انتهى .

قال في « الروضة » : الوجه الجزم بكل ما ذكروه ، والله أعلم .

قوله : وفي كتبهم أن كلمة « أو » إذا دخلت بين نفيين اقتضت انتفاء كل منهما ، ويشبه أن يكون حالفاً على الامتناع من أحدهما ، فإذا فعل واحداً أو امتنع من الآخر لم يحث . انتهى ملخصاً .

وذكر بعد تعليل عن الماوردي كلاماً مخالفًا لهذا فقال : وفي « الإقناع » للماوردي أنه لو قال : لا أكلت خبزاً أو لحمًا ، يرجع إلى مراده منها فيتعلق به اليدين . هذا كلامه ، وظاهره أنه أراد بالمراد تعين [ما شاء . وقد راجعت عبارته فوجدت بها ظاهرة فيه . فإنه عبر بالتعين [^(١) لا بالتبين فقال : فتعين يمينه فيه .

وقد ذكرنا في أوائل تعليق الطلاق مسائل مما نحن فيه فراجعها .

قوله : ولو قال : لا أدخل هذه الدار ، فهدمت ثم أعيدت بغير الآلة فدخلتها لم يحث ، وإن أعيدت بتلك الآلة ، فوجهان . انتهى .

والأصح : الحنث ، كذا صححه النووي في « زيادات الروضة » و«تصحيح التنبية » ، وسوف أذكر لك في نهاية الباب ما يقتضي أن الرافعي يرجح عدم الحنث .

قوله : حلف لا يشم الريحان لم يحث بالورد والياسمين والبنفسج والترجس والمرزنجوش والزعفران ، ويمكن أن يقال : هذا في ما إذا عرف الريحان ، أما إذا قال : لا أشم ريحاناً فيحث بها جميعاً ، فلا يعد إطلاق اسم الرياحين عليها . انتهى .

قال في « الروضة » : الظاهر من حيث الدليل ومن مقتضى كلام الأصحاب : أنه لا فرق ولا يحث مطلقاً بما سوى الضيمران .

قوله : حلف لا يتسرى ، ففيه ثلاثة أوجه عن ابن سريح : أظهرها ويحكى عن نصه في « الأم » : أن التسرى يحصل بثلاثة أمور : ستر الجارية عن أعين الناس ، والوطء ، والإنزال . والثاني : يكفي الستر والوطء .

والثالث : يكفي الوطء . انتهي كلامه .

وهذه الأوجه التي ذكرها ونقلها عن ابن سريج قد ذكرها في آخر كتاب الوصية في الكلام على الرجوع ناقلاً لها عن ابن سريج أيضاً ولم يذكر فيها الوجه الذي صححه هنا بالكلية ، بل ذكر عوضه وجهاً آخر لم يذكره هنا وهو الوطء مع الإنزال خاصةً ولم يذكر معه الستر ، فقال : واستشهد على هذا بأن الشافعي رضي الله عنه قال في الإيلاء : لو حلف أن لا يتسرى فوطيء جارية من جواريه وعزل لم يحث ، وإن لم يعزل حث ، لأنّه قد طلب الولد وطلب الولد هو التسري ، ثم قال بعد ذلك : وأما مسألة اليمين فعن ابن سريج في التسري ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه الوطء من غير عزل .

والثاني : أن التسري هو مجرد الوطء .

والثالث : أنه الوطء مع المنع من الخروج .

وعلى هذين الوجهين لا فرق بين أن يعزل وبين أن لا يعزل . هذا لفظه بحروفه .

والاختلاف الذي ذكرناه واضح ، ولم يذكر المسألة في « الروضة » هناك .

واعلم أن بين التعبيرين تفاوتاً آخر من وجهين :

أحدهما : أنه عبر هناك بقوله : « من غير عزل » ، وعبر هنا بقوله : « مع الإنزال » ، فمن وطيء ولم ينزل يصدق عليه أنه لم يعزل ، لأن العزل هو الإنزال خارجاً عنها ولم يوجد منه ذلك ، ولا يقال أنزل فيها .

الثاني : أنه عبر هنا « بالستر عن الناس » وعبر في « الروضة » « بالمنع من الخروج » ، فمن برزت في بيته للضيوف خارجة عن العبارة الأولى

وداخلة في الثانية .

قوله : نقلًا عن « فتاوى القفال » : وأنه لو حلف لا يفعل كذا فجن و فعله في حال جنونه ففي الحنت قولان . انتهى .

لم يصحح في « الروضة » شيئاً منها هاهنا ، وال الصحيح في الرافعي و « الروضة » في آخر كتاب الإيلاء : عدم الحنت ، وزادا على ذلك فنقا طريقة القولين عن البغوي والمتولي ، ونقلًا عن العراقيين قاطبة القطع بعدم الحنت ، فيكون جزمه هنا بطريقة القولين مخالفًا لما عليه الأكثرون .

قوله : أيضًا نقلًا عنه : وأنه لو حلف لا يلبس ثوبًا من غزلها فرق ثوبه برقة كرباس من غزلها حنت ، وقال أبو عاصم العبادي : لا يحنث ، وتلك الرقة تبع .

وإن التحف بلاحف من غزلها لم يحنث ، وفي « الرقم » : أنه لو طبخ أرزًا وعدسًا بودك فهو طبيخ ، وإن طبخ بزيت أو سمن فليس بطبيخ . انتهى . وهذه المسائل قد تكلم عليها في « الروضة » فقال في الأولى : الصحيح قول أبي عاصم لأنه لا يسمى لابساً ثوبًا من غزلها ، وأما الالتحاف : فيجيء فيه الخلاف السابق في التدثر ، وأما الثالثة : فالصواب فيها أن الكل طبيخ .

قوله : وفي « المبتدأ » للروياني : أنه لو قيل له : كلام زيداً اليوم ، فقال : والله لا كلمته . انعقدت اليمين على الأبد إلا أن ينوي اليوم ، فإن كان ذلك في طلاق وقال : أردت اليوم ، لم يُقبل في الحكم . انتهى - .

استدرك في « الروضة » . فقال : الصواب قوله في الحكم كما سبق في نظائره ، والله أعلم .

وهذه المسألة - أعني عدم القبول في الحكم - قد حصل فيها اضطراب

شديد في كلام الرافعي و «الروضة» وقد أوضحته في الباب الأول من أبواب الأيمان .

واعلم أن حمل اليمين في أمثال هذه المسائل على التأييد عند الإطلاق قد سبق ما يخالفه في آخر تعليق الطلاق ، وخالف البغوي فقال : تقييد بالحالة الراهنة للعرف .

قوله : وفي كتب الحنفية : أنه لو حلف ليضربن زوجته حتى يغشى عليها أو تموت حمل على الحقيقة ، ولو قال : حتى أقتلها أو ترفع ميتة ، حُمِلَ على أشد الضرب ، ويظهر على أصلنا الحمل على الحقيقة أيضاً . انتهى .

وما ذكره بحثاً من اعتبار الحقيقة في نحو هذا ، وتابعه عليه في «الروضة» قد جزم به قبيل كتاب الرجعة بأسطر ، فقال نقاً عن تعليق الشيخ إبراهيم المروذى : إنه لو قال لزوجته أفرغى البيت من قماشك ، فإن دخلت ووجدت فيه شيئاً من قماشك ولم أكسره على رأسك فأنت طالق ، فدخل فوجد في البيت هاوناً لها فوجهاً :

أحدهما : لا تطلق للاستحالة .

والثاني : تطلق عند اليأس قُبْيل موتها أو موته . هذا كلامه .

وحاصله : الجزم ببراءة الحقيقة من أن إرادتها في المثال المذكور هناك أبعد من إرادتها في المثال المذكور في هذا الباب ، ولكن لما كانت الحقيقة هناك مستحيلة حكى وجهين في وقوع الطلاق في الحال كغيره من التعليقات المستحيلة فتفطن لذلك .

وقمash البيت هو متاعه كما قاله الجوهرى؟ فلذلك جعلوا الهاون منه .

قوله : وفي كتبهم أيضاً : أنه لو حلف لا يجلس على هذه الأسطوانة أو الحائط فأعيد بناؤها بعد النقض وجلس على المعاد ، لم يحيث ، وإن حلف

لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل موضع الزيادة لم يحث ، فإن حلف لا يدخل مسجدبني فلان فزيد فيه فدخل موضع الزيادة حث وإن حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه وكتب به لم يحث ، وبأجوبتهم يحث فيما عدا القلم وأن الكسب هو ما يمتلكه من المباحث وبالعقود دون ما يرثه ، وقد يتعدد في ما يدخل في ملكه باحتطاب عبده وقبوله الهبة والوصية فيجوز أن يلحق بما يدخل في ملكه إرشاداً ، ويجوز أن يقال : تملك العبد أو إمساكه اكتساب ، لما يستفديه ، ويجوز أن يفرق بين أن يكون العبد مكتسباً أو موروثاً ، وأن الحلواء : كل حلو ليس في جنسه حامض نحو الخبيص والعسل والسكر دون العنبر والأجاص .

والأشبه : أنه يشترط في إطلاق الحلو [أن يكون معمولاً] . وأن يخرج عنه العسل والسكر . فالحلواء غير الحلوى [١] .

وقال العبادي في «الرقم» : هل يدخل في الحلوى اللوزينج والجوزينج؟ فيه وجهان . انتهى ملخصاً فيه جملة مسائل :

فأما المسألة الأولى : فقد وافق النووي فيها على أن جوابنا فيها كجواب الحنفية فلابد فيها من تفصيل ذكره القاضي أبو الطيب في كتاب الصلح من «تعليقته» في نظير المسألة ، فقال : لو حلف لا يكتب بهذا القلم وهو مبri ، فكسره ثم براه وكتب به لم يحث ، وإن كانت الأنبوة واحدة لأن القلم اسم للمبri دون القصبة ، وإنما تسمى القصبة قبل البري قلماً مجازاً؛ لأنها ستصير قلماً .

وكذا إذا قال : لا أقطع بهذا السكين فأبطل حدتها وجعله في ظهرها وقطع بها لم يحث .

ولو حلف لا يستند إلى هذا الحائط فهدم ثم بنى واستند ، إن بنى بتلك الآلة حث ، وإن أعيد بغيرها أو ببعضها لم يحث . هذا كلامه .

(١) سقط من أ.

ويؤيد ما ذكره أيضًا القاضي ما سبق قريرًا أنه إذا حلف لا يدخل داراً فهدمت ثم أعيدت بنقضها فإنه يحث على الصحيح ، إلا أن الرافعي - رحمة الله - لم يرجح في تلك المسألة شيئاً ، والتصحيح المذكور من كلام النووي ولا يستقيم معه الدعوى بأننا نوافق الحنفية فيه .

ويؤخذ من كلام الرافعي هنا ترجيح عدم الحث هناك على خلاف ما رجحه في « الروضة » .

وأما المسألة الثانية : فقد غلط فيها النووي في « الروضة » فإنه قال : نقل عنهم ما نصه : ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل الزيادة حث . هذا لفظه ، فأسقط جواب مسألته الإشارة وتصوير الثانية أيضًا ، ونقل جواب الثانية فجعله الأولى فلزم الخطأ في الحكم ، وكأنه سقط من نسخته من قوله : « فزيد فيه » إلى « فزيد فيه » أو انتقل نظره ، ثم إنه بعد اختصاره رأى أن ذلك غير مستقيم ، فاعتراض على الرافعي ظنًا منه أن ما نقله عنه في « الروضة » مطابق لما قاله فقال : قلت : في موافقتهم في مسألة زيادة المسجد نظر وينبغي أنه لا يحث بدخولها لأن اليمين لم تتناوله حالة الحلف . هذا لفظه .

ويدل على عدم الحث عند الإشارة أن الأفضلية الثانية لمسجده عليه الصلاة والسلام المستفادة من قوله « صلاة في مسجدي هذا » ^(١) خاصة بما كان في زمنه دون ما زيد فيه بعد ذلك ، ومن جزم بذلك النووي في مناسك الحج وغيره .

وأما المسألة الثالثة : وهي مسألة القلم فالنقل فيها عندنا على عكس ما نقله الرافعي عن الحنفية ؛ وقد تقدم ذكره في ما نقلناه عن القاضي .

وأما المسألة الرابعة : وهي مسألة الكسب فقد حذف في « الروضة » ما

(١) تقدم .

ذكره « الرافعي » في كسب الصيد .

وأما المسألة الخامسة : وهي مسألة الحلوى فالصواب فيها كما قاله في « الروضة » : هو ما قاله الرافعي ، وفي الحديث الصحيح : « أن رسول الله ﷺ كان يحب الحلوى والعسل » ^(١) .

واعلم أن اللوزينج : قطائف حشو لوز وسكر ، والجوزينج : حشوه جوز بعسل أو دبس .

قوله : ولو قال : لا أكلمه اليوم ستة أشهر . فعليه أن يدع الكلام في ذلك اليوم كلما دار في الستة أشهر . انتهى .

وهذه المسألة وقعت محرفة في كثير من نسخ الرافعي وفي فهمها قلق فحذفها النwoي من « الروضة » ، وحذف معها مسائل أخرى قريبة من ذلك في القلق والتحريف ، وإن كان ساترها رقيقاً غير كثيف ، بعضها من كلام الحنفية كما سنبينه ، فإن الرافعي قد نقل عنهم هنا مسائل فما وافق عليه وارتضاه أقره وأبقياه ، وإلا تتبعه بعدم التعويل عليه والركون لديه فلنقرر هذه المسائل ثم تتبعها بالسوقط .

فاعلم أن اليوم الواحد يدور في الشهر أربع مرات أو خمس مرات ، فالحالف المذكور حيثذا قد حلف على ترك الكلام في ذلك اليوم في مدة دورانه في الستة أشهر ، فإذا حلف في يوم السبت مثلاً فطريق البر أن يمتنع عن كلامه في كل سبت يأتي إلى انتهاء ستة أشهر .

قوله : ولو قال : في يوم السبت لا أكلمه اليوم عشرة أيام ، [فاليمين] ^(٢) على سبعين ، وكذا لو قال : لا أكلمه يوم السبت يومين ، ولو حلف لا يكلم

(١) أخرجه البخاري (٥١١٥) ومسلم (١٤٧٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) في ب : فالكلام .

فلانَا الشتاء فأول ذلك إذا لبس الناس الحشو والفراء وأخرها إذا ألقواها في البلد الذي حلف فيه ، والصيف على خلاف ذلك ، والربيع آخر الشتاء ومستقبل الصيف إلى أن يت彬 العشب ، والخريف فصل بين الشتاء والصيف .

والظاهر عندنا : حملها على المد المعلومة وأنه لو حلف لا يكلم فلانَا أو فلانَا يحث بكلام الثالث ، أو كلام الأولين ، ولكن يجوز أن يريد أن لا يكلم الأول ولا أحد الآخرين ، وحيثند فيحث بكلام الأول أو أحد الآخرين ، لكن يجوز أن يريد أنه لا يكلم الثالث ولا يكلم أحد الأولين وحيثند فيحث بكلام الثالث أو بكلام أحد الأولين . انتهى .

وهذه المسائل أيضاً من اللواتي قد أسقطن .

فأما المسألة الأولى : فمعناها معنى التي قبلها .

وأما الثانية : وهي مسألة الفصول فواضحة .

وأما الثالثة : فمشتملة على صورتين :

الأولى : منها عطف فيها الثاني باللواء والثالث بأو .

والصورة الثانية : بالعكس .

فإذا استحضرت ما ذكرناه سهل فهمها ، وما ذكره الرافعي من الرجوع إلى مراده ليس على إطلاقه بل محله إذا وصل الكلام وأداه على حالة واحدة ، فإن فصل بوقفة أو مد صوت ونحو ذلك كما يتضح ويظهر لك بالتجربة عمل بمقتضاه ، ويكون كما لو بين وهذا التفصيل ذكره الرافعي في باب الشك في الطلاق في الكلام على الألفاظ التي يحصل بها البيان ، وقد سبق ذكره هناك للتنبيه على أغلاط وقعت للرافعي فيه وتبعه عليها في «الروضة » فراجعه .

قوله : وأنه لو حلف لا يساكنه ، ذكر أصحابنا وجهين في أنه إذا نوى أن

لا يسكن هو والمحلوف عليه في البلد هل يحمل اليمين على ما نوى ؟

وجه المنع : أن ذلك ليس بمساكنة ، وإذا نوى ما لا يطابق اللفظ لم تعمل النية بجردها وقادسوه على ما إذا قال : لا أساكه وزعم أنه أراد المساكنة في إقليم . انتهى .

وهذه المسألة أيضًا من السوابق ، والخلاف الذي فيها سبق ذكره في موضعه ، وأما عدم الحمل على الإقليم إذا نواه ، وإن كان أغلظ في حقه فلم يتقدم له ذكر ، وهي مسألة حسنة فتفطن لها .

قوله : وفي « فتاوى » الفقيه أبي الليث - يعني : السمرقندى الحنفى - كما قاله الرافعى في الطلاق : أن بعضهم سئل عن قصار ذهب من حانته ثوب فاتهم أجيرًا له فقال : أنت ختنى ، فقال : والله ما ختنك ، وكان قد أخذ الثوب وهو لغير القصار .

فقال : أخشى أن يحث ، وما إلينه الرافعى ، وأنه لو قال : حقًا أفعل كذا ، ليس بيمن عند بعضهم كقوله : صدقًا .

وقال آخرون : هو يمين ، فإن الحق هو الله تعالى فكانه قال : الله لا فعلن كذا ، وينبغي أن يجعل كنایة ، وأن بعضهم قال : إذا حلف لا يأكل من [مال] ^(١) فلان ، ثم تناهدا فأكل الحالف من ذلك لا يحث لأنه أكل في عرف الناس من مال نفسه ، ولینظر أكان مال فلان مخلوطاً به بالله فأكل منه أو أكل من مال فلان خاصة .

فالتناهدان تارة يخلطان وتارة يتناوبان على إحضار الطعام ، وينجر النظر إلى أن الضيف يأكل ملك المضيف ، أو يملك ما يتناوله ؟

وأنه لو حلف لا يصطاد ما دام الأمير في البلد فخرج الأمير منها فاصطاد

(١) سقط من ب .

ثم رجع الأمير فاصطاد لا يحنت ، لأنه لما خرج من البلدة سقطت اليمين .

وأنه لو حلف لا يركب فركب ظهر إنسان فعبر به النهر لم يحنت .

وأن بعضهم قال : لو قال : بسم الله لأفعلن كذا ، فهو يمين ، ولو قال بصيغة - الله تعالى - فلا ، لأن الأول من أيمان الناس ، ألا ترى أن القائل يقول : باسم الذي أنزلت من عنده السور ، ولك أن تقول : إذا قلنا : الاسم حس المسمى ، فالحلف بالله تعالى ، وكذا إن جعل الاسم صلة - أي زائد .
وإن أراد بالاسم التسمية لم يكن يميناً .

وأما صيغة - الله تعالى - فتشبه أن تكون يميناً إلا أن يريد به الوصف .
انتهى كلامه .

وهذه المسائل قد أسقطها أيضاً ، وقد علمت ما للرافعي فيها من الكلام والأولى مذكورة في الرافعي بالعجمية فترجمها بعضهم .

والمناهدة : بالنون والدال المهملة هي : أكل المسافرين مجتمعين من أزواجهم .

وقد ذكر الرافعي المسألة في آخر تعليق الطلاق عن أبي العباس الروياني ونقل عنه أنه يحنت وأقره ، وبحث النووي فيها وقد أسلفتها هناك فراجعها .
وأما مسألة الاصطياد فهي مسألة مهمة تحتاج إليها لكترة وقوع صورها في « الفتاوى » وقد ذكر الرافعي ما يوافق جواب أبي الليث في آخر تعليق الطلاق نقاً عن البوشنجي فقال : وأنه لو قال لزوجته : إن دخلت دار فلان ما دام فيها فأنت طالق ، فتحول فلان منها ثم عاد إليها فدخلتها لا تطلق .

والمعنى الذي لمحوه هنا وأشار إليه أبو الليث بقوله : سقطت اليمين ، هو انقطاع دوام كونه في البلد أو غيره مما حلف عليه بوجود الخروج مثلاً .

كتاب [النذر] ^(١)

وفي طفان : طرف في أركانه ، وطرف في أحکامه :

الأول : في الأركان

قوله : ولا يصح نذر الكافر على المذهب لأن النذر تقرب والكافر ليس من أهل التقرب . انتهى .

وما ذكره تعليلاً للمذهب دليل على استحباب النذر ، وقد حذفه النووي من « الروضة » ، ثم قال في أواخر الباب من « زوائد » : صاح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن النذر . هذا لفظه من غير زيادة عليه وأشار بذلك إلى ما رواه الشیخان عن ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ عن النذر وقال : « إنه لا يرد شيئاً وإنما يستخرج به من يد البخيل » ^(٢) .

وهذا الكلام من النووي يدل على رجحان كراهة النذر عنده ، وكأنه جبن عن التصریح به لعدم وقوفه على نقل في هذه المسألة فأشار إليه بذكر ما يدل عليه ، وسأذکر لك ما حضرني الآن في هذه المسألة .

فنقول : اختلف الناس فيها على [أربعة] ^(٣) آراء :

أحدها : أنه مكروه كما أشار إليه النووي ، وهذا هو الذي نص عليه الشافعی ، نقله عنه الشيخ أبو علي السنجی في « الشرح الكبير » كذا نقله عنه ابن أبي الدم في « شرح الوسيط » ، وجزم به النووي في « شرح المذهب » ونقله عن الترمذی وجماعة من أهل العلم ، ولم ينقله عن

(١) في ب : النذور .

(٢) أخرجه البخاري (٦٢٣٤) ومسلم (١٦٣٩) .

(٣) زيادة من ب .

الشافعي ولا عن أحد من أئمة مذهبة ، وهو يُقوّي ما قلناه أولاً من عدم اطلاعه فيها على نقل عندنا .

والثاني : أنه خلاف الأولى ، وهو ما اختاره ابن أبي الدم في الشرح المذكور ، وفيه نظر لأن المكرور هو ما ورد فيه نهي مقصود ، وخلاف الأولى ما لم يرد فيه ذلك ، هكذا فرق الإمام وغيره بينهما ، ونقله عنه الرافعي في باب أداء الزكاة .

والنذر قد ورد فيه نهي مقصود فإن أول ذلك وتمسك بالقياس وغيره مما سيأتي لزم استحبابه ، وإن لم يؤول وتمسك بظاهره لزم كراحته ، فالقول أنه خلاف الأولى ضعيف .

والثالث : أنه قربة وهو ما جزم به المتولى في كتاب الوكالة فقال : لا يجوز التوكيل في النذر لأنه قربة .

و كذلك الغزالى في كفارة الظهار من « الوسيط » قُبِّلَ الحصلة الثانية ، وهو مقتضى كلام الرافعى المتقدم ، ونقل ابن أبي الدم أن جماعة قالوا بذلك قال : وهو القياس ، وذكر النسوى في باب ما يفسد الصلاة من « شرح المهدب » ما يقتضيه فقال : وإذا نذر شيئاً في صلاته وتلفظ بالنذر عامداً ففي بطلانها وجهان : أصحهما : أنها لا تبطل ، لأنها مناجاة لله تعالى فأشبها الدعاء ، ولأنه يشبه « سجد وجهي للذى خلقه »^(١) إلى آخره .

والرابع : التفصيل : فيستحب نذر التبرر وهو الذي ليس معلقاً على شيء ، ولا يستحب النذر المعلق ، وهذا التفصيل ذكره ابن الرفعة فقال في باب الوكالة من المطلب : أما كونه قربة فلا شك فيه إذا لم يكن معلقاً ، فإن كان معلقاً فلا نقول : إنه قربة ، بل قد يقال بالكرابة . هذا كلامه ، وهو غريب مؤذن بعدم اطلاعه على الخلاف . وأشار أيضاً إلى اختيار

(١) أخرجه مسلم (٧٧١) من حديث علي بن أبي طالب .

التفصيل في باب النذر من « الكفاية » فقال : ويمكن أن يتوسط فيقال : كذا وكذا .

واعلم أن القول باستحبابه يعضده النص والقياس .

أما النص : فقوله تعالى : « وَمَا أَنفَقْتُم مِّنْ نَفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُم مِّنْ نَذْرٍ فِي إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُهُ » حثهم الله سبحانه وتعالى على النذر وأكده بالمصدر فاقتضى أن يكون قربة .

وأما القياس : فلأنه وسيلة إلى القربى وللوسائل حكم المقادى ، ولهذا قال ابن أبي هريرة : إن الحلف على الطاعة من النوافل المستحبة لأنه يتوصل به إلى الإحسان ويتبعد عن القرب وأفعال الخير فاستحب له ذلك .

كذا رأيته له في « شرح المختصر » الذي علقه عنه أبو علي الطبرى وهي مسألة حسنة لم يذكرها المتأخرون .

نعم ذكر الرافعى وغيره الحلف على الواجبات وجعله طاعة ، وأيضاً فللنذر غرض صحيح في أن يثاب ثواب الواجب فإنه إذا صيره واجباً بنذره حصل له ذلك كما قاله القاضي الحسين ، والقدر الذي يمتاز به الواجب سبعون درجة كما حکاه النووي من « زوائدہ » في أوائل النکاح عن حکایة الإمام قال : واستأنسوا فيه بحديث .

نعم نازع الماوردي في هذا وقال : الحديث يدل على أن ما يأتي به الإنسان من البر أفضل مما يلتزمه بالنذر .

وأما الحديث المتقدم عن الصحيحين فالاستدلال به يتوقف على قاعدتين :

إحداهما : أن المفرد المعرف بـ « أَلْ » للعموم .

الثانية : أن قول الصحابي نهى عن كذا عام وفيهما خلاف معروف ، أوضحته مع فوائد كثيرة تتعلق به في « شرح منهاج الأصول » فراجعه ،

وبتقدير تسليم هاتين القاعدتين ، وأن الحديث مقتضاه العموم فيمكن حمله على من علم من حاله عدم القيام بما التزم به جمعاً بينه وبين غيره من الأدلة المتقدمة .

قوله : ولا يصح من السفيه نذر القرب المالية ، وأما المفلس فإن التزم في الذمة ولم يعين مالاً صحيحاً ويؤديه بعد البراءة عن حقوق الغرماء ، وإن عين فيبني على أنه لو أعتقد أو وهم هل يصح تصرفه ؟ إن قلنا : لا ، فكذلك النذر ، وإن توقفنا فيتوقف في النذر أيضاً ، قاله في « التتمة » انتهى كلامه .
وحاصله أن ذلك لا يصح من السفيه مطلقاً سواء أضافه إلى الذمة أو إلى العين ، وأما المفلس فلا يصح في العين ويصح في الذمة .

إذا علمت هذا فقد جزم في آخر باب الحجر بأن نذر السفيه على هذا التفصيل أيضاً ، فقال : ولو نذر التصدق بعين مال ينعقد ، وفي الذمة ينعقد . هذا لفظه .

ووقع الموضعان كذلك في « الروضة » .

واعلم أنّا إذا قلنا بكرامة النذر فيصير شبيهاً بالضمان [وحيثئذ]^(١) فيتعجله بطلانه .

قوله : لو قال ابتداء : مالي صدقة أو في سبيل الله تعالى ، فيه أوجه أصحها عند الغزالى وقطع به القاضي الحسين : بأنه لغو لأنّه لم يأت بصيغة التزام .

والثاني : أنه كما لو قال : لله على أن أتصدق بمالـي ، فيلزم التصدق.

والثالث : يصير مالـه بهذا اللفظ صدقة كما لو قال : جعلت هذه الشاة أضحية ، وقال في « التتمة » : إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم

(١) سقط من أ .

معنى النذر أو نواه فهو كما لو قال : على أن أتصدق بعالي وأنفقه في سبيل الله ، وإنما فلغو .

وأما إذا قال : إن كلمت فلاناً أو فعلت كذلك مالي صدقة ، فالمذهب والذي قطع به الجمهور ونص عليه الشافعي : أنه يلزمـه ذلك ، وقال الإمام الغزالـي : يتخرج على الوجه السابقة . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامـه صريح في أنه إذا قال : لله على أن أتصدق بعالي ، لا يخرج عن ملكـه بل يلزمـه التصدقـ به ، وقد ذكرـ في بـاب الأضحـية أنه يخرجـ وجـزـمـ به ، ونـقلـهـ عنـ الأصـحـابـ وفـرقـ بـينـهـ وـبـينـ نـذـرـ إـعـتـاقـ العـبدـ ، وـسـتـعـرـفـ لـفـظـهـ فيـ مـوـضـعـهـ إـنـ شـاءـ اللـهـ تـعـالـىـ .

الأمر الثاني : أن المسـأـلةـ المـذـكـورـةـ [في آخرـ كـلامـهـ] (١) نـاقـلاـ لـهـاـ عنـ النـصـ فـردـ منـ أـفـرـادـ نـذـرـ اللـجـاجـ وـالـغـضـبـ حـتـىـ يـتـخـيرـ بـيـنـ الـنـذـورـ وـبـيـنـ كـفـارـةـ يـيـنـ عـلـىـ الصـحـيـحـ ، هـذـاـ إـنـ كـانـ المـلـقـ عـلـيـهـ غـيرـ مـحـبـوبـ إـلـيـهـ ، فـإـنـ كـانـ لـهـ فـيـ حـصـولـهـ غـرـضـ لـزـمـهـ الـوـفـاءـ كـمـاـ قـالـهـ .

قولـهـ : النوعـ الثـانـيـ : العبـادـاتـ المـقصـودـةـ ، وـهـيـ التـيـ شـرـعـتـ لـلتـقـربـ بـهـاـ وـعـلـمـ منـ الشـارـعـ الـاـهـتـمـامـ بـتـكـلـيفـ الـخـلـقـ إـيـقـاعـهـ عـبـادـةـ كـالـصـومـ وـالـصـلـاـةـ وـالـصـدـقـةـ وـالـحـجـ وـالـاعـتـكـافـ وـالـعـتـقـ ، فـهـذـهـ تـلـزـمـ بـالـنـذـرـ بـلـ خـلـافـ . اـنـتـهـىـ كـلامـهـ .

وـمـاـ ذـكـرـهـ مـنـ عـدـ الـاعـتـكـافـ فـيـ هـذـاـ القـسـمـ كـيـفـ يـسـتـقـيمـ مـعـهـاـ مـعـ أـنـ الشـارـعـ لـمـ يـكـلـفـ الـخـلـقـ بـإـيـقـاعـهـ ؟ـ وـقـدـ صـرـحـ بـهـ فـيـ أـوـاـئـلـ أـحـكـامـ الـنـذـرـ فـقـالـ :ـ وـلـيـسـ جـنـسـ الـاعـتـكـافـ وـاجـبـاـ بـالـشـرـعـ .ـ هـذـاـ لـفـظـهـ .

(١) سـقطـ مـنـ أـ.

قوله في «أصل الروضة» : فرع : كما يلزم أصل العبادة بالنذر يلزم الوفاء بالصفة المستحبة فيها إذا شرطت كمن شرط المشي في الحج الملتزم وقلنا : المشي أفضل . انتهى .

ومقتضاه أنه لا يلزم المشي إذا قلنا : الركوب أفضل .

وقد خالفه بعد ذلك بأوراق فقال : قلت : الصواب أن الركوب أفضل وإن كان الأظهر لزوم المشي بالنذر لأنه مقصود .

قوله : فلو أفردت الصفة بالنذر ، والأصل واجب شرعاً كأن يقرأ في الصبح مثلاً سورة كذا .

الالأصح : اللزوم لأنها طاعة .

الثاني : لا ؛ لئلا تغير عما وضعها الشرع . انتهى ملخصاً .

واعلم أن الرافعي احترز بقوله : والأصل واجب شرعاً ، عما إذا كان متذوراً ، فإنه إذا نذر قراءة السورة في الصلاة المتذورة لزمه الإتيان بهما جزماً ، وهل يلزم الجمع ؟ فيه خلاف : الأصح : الوجوب كذا نقله الرافعي في كتاب الاعتكاف عن القفال وأقره ، وتقدم الكلام عليه مبسوطاً فراجعه .

قوله نقاً عن «التتمة» : ولو نذر الوضوء انعقد نذره ، ولا يخرج عنه بالوضوء عن حدث بل بالتجديد . انتهى .

وما جزم به في «التتمة» من الانعقاد قد جزم به أيضاً القاضي الحسين ، وحكى في «التهذيب» وجهاً ضعيفاً : أنه لا يلزم ، والمراد بالتجديد الذي يخرج به عنه هو التجديد المشروع وهو أن يكون قد صلى بالأول صلاة ما على الأصح قاله في «الروضة» .

والخلاف الذي أشار إليه في التجديد قد استوفاه في صفة الوضوء من

«شرح المذهب» و«التحقيق» فقال : ويندب تجديده لمن صلى به صلاة ، وقيل : فرضًا ، وقيل : إذا فعل ما يقصد له ، وقيل : مطلقاً إذا فرق بينهما كثيراً .

قوله : ولو نذر أن يهرب بالحج من شوال أو من بلد كذا ، فيه وجهان : والأظهر : وجوبه . انتهى كلامه .

وما ذكره من تصحيح الوجوب في ما إذا نذر الإحرام من شوال ونحوه قد سبق منه في كتاب الحج في الكلام على تحريم الجماع ما يخالفه مخالفة عجيبة ، وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : وهل يكون نذر المباح ييناً حتى تجب الكفارة إذا خالف ؟ فيه ما ذكرناه في نذر المعاصي والمفروضات . انتهى كلامه .

والذي ذكره في ما إذا نذر المعاصي وخالفها أن المذهب المشهور : أنه لا تجب به الكفارة ، ثم ذكر أنه إذا التزم المفروضات وخالف فيه الخلاف في نذر المعاصي سواء التزمه ابتداء أو علقه بحصول نعمة ، فتخلص من هذا كله أن نذر المباح لا كفارة فيه على المذهب ، وهو الذي جزم به أيضاً في أوائل كتاب الإيماء . إذا علمت ذلك فقد خالف في «المحرر» فقال : المرجح في المذهب لزومها .

وتابعه على هذا الاختلاف أيضاً في «الروضة» و«المهاج» وذكر المسألة في «الشرح الصغير» من هذا الباب كما ذكرها في «الكبير» وذكرها في «الروضة» أيضاً في أثناء الكلام على نذر اللجاج وصح أنها تلزم على العكس مما صححه بعد ذلك ، لكن الرافعي لم يصحح هذا المذكور في نذر اللجاج بل نقله في أوائل كتاب الأيمان عن «التهذيب» ، ثم ذكر بعده أنه من نذر المباح الذي سيأتي ، فصححه النووي ونقله إلى هذا الباب مع مسائل اللجاج والغضب كلها .

قوله : وفي «التهذيب» في باب الاستسقاء : أنه لو نذر الإمام أن يستسقي

لزمه أن يخرج بالناس ويصلّي بهم وفي الصلاة احتمال ، ولو نذر واحد من عرض الناس لزمه أن يصلّي منفرداً ، وإن نذر أن يستسقى بالناس لم ينعقد لأنهم لا يطيعونه ، ولو نذر أن يخطب وهو من أهله لزمه ، وهل له أن يخطب قاعداً ؟ فيه الخلاف في الصلاة المندورة . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً وفيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي نقله أولاً عن البغوي من لزوم إخراجهم وأقره هو والنوي عليه خلاف مذهب الشافعي ، فقد قال المحاملي في « المجموع » ما نصه : قال في « الأم » وإذا نذر الإمام أن يستسقى لزمه ذلك ولا يلزم الناس الخروج معه ولا أن أميرهم يلزمهم الخروج لأن طاعته تجب فيما يعود إلى صلاح المسلمين لا في ما يختص به . هذا كلامه .

وهو يشعر بأنه إذا نذر الاستسقاء بالناس لزمام طاعته ، وقال في « الأم » في باب المطر قبل الاستسقاء : لو نذر الإمام أن يستسقى ثم سُقى الناس وجب عليه أن يخرج فيوفي بنذرها ، فإن لم يفعل فعله قضاوه ، قال : وليس عليه أن يخرج بالناس لأنه لا يملكونه ولا نذر فيما لا يملك ابن آدم . هذه عبارته .

ثم ذكر تعليلاً آخر خاصاً بالتصوير المذكور وهو ما إذا حصلت السقيا قبل الوفاء بالنذر فقال عقب التعليل السابق ما نصه : وليس له أن يلزمهم بالاستسقاء من غير جدب . هذه عبارته .

وأشار بذلك إلى أنه لا فائدة فيه في التصوير المذكور والتعليق الأول يشمل حالة السقيا وعدمها ، وذكر البندينجي في كتابه « الجامع » هذا النص ولم يذكر خلافه ، وكذلك الروياني في « البحر » ، وجزم سليم الرازي به في باب الاستسقاء من « المجرد » ولم يذكر تعليلاً بالكلية فقال : ولو نذر الإمام أن يصلّي صلاة الاستسقاء لزمه أن يصلّيها فيخرج ويصلّيها وليس عليه أن يخرجهم ، ولا عليهم أن يخرجوا معه . هذا كلامه .

والحاصل أن إطلاق ما نقله عن البغوي ليس مذهبًا للشافعي بل إن حصلت السقيا ولم يصرح في نذرها بالناس فلا يلزمهم بـالزامه بلا شك ، وإن لم تحصل السقيا أو حصلت ولكن صرخ بالناس فكلامه مشعر بأن له إلزامهم ، وحيث أوجبنا فيظهر أن يكون الخروج فرض كفاية .

نعم ، هل يجب خروج ثلاثة أم يكفي اثنان ؟ فيه نظر .

الأمر الثاني : أن هذا الاحتمال ليس هو للبغوي ولا للرافعي ، بل نقله في « التهذيب » عن القاضي الحسين ولم يخصه بالإمام ، فإنه قال : وكان القاضي يقول : إذا نذر أن يستسقى لزمه الاستسقاء وهل تلزمه الصلاة ؟ قال : تحتمل وجهين . هذا لفظه .

وعدم لزوم الصلاة واضح ، ثم إن اقتصار الرافعي والنبوبي في عدم لزوم الصلاة ، والحالة هذه على نقله احتمالاً فقط مؤذن بأنهما لم يطلاعا على خلاف في المسألة وهو غريب ، فقد صرخ المتولى في « التتمة » بحكاية وجهين في المسألة حتى أنه لم يصحح منها شيئاً ، وقد سبق من كلام الرافعي التعبير بقوله : « واحد من عرض الناس » ، وهو بضم العين المهملة وسكون الراء ، وبالضاد المعجمة ، قال الجوهري : يقول رأيته في عرض الناس : أي في ما بينهم .

وذكر قبل ذلك بأوراق أن ناساً من العرب يقولونه بالفتح ، قال : وفلان من عرض الناس - أي بالضم - ومعناه من العامة .

قوله : وسئل صاحب « الكتاب » عمalo قال البائع للمشتري : إن خرج المبيع مستحقاً فللله عليّ أن أهبك ألف دينار ، فهل يصح هذا النذر أم لا ؟

وإن حكم حاكم بصحته هل يلزمهم ؟

فأجاب : بأن المباحثات لا تلزم بالنذر ، وهذا مباح ولا يؤثر فيه قضاء القاضي إلا إذا نقل مذهب معتبر في لزوم ذلك بالنذر . انتهى .

واعلم أن هذا المنذور وإن كان لا يلزم فعله لكن يلزمك كفارة حين إن لم يفعله على ما فيه من الاضطراب السابق فاستحضره .

قوله : قال بعضهم : لو نذر أن يكسو يتيمًا لم يخرج عن نذره باليتيم الذمي ، لأن مطلقه في الشرع للMuslim . انتهى .

قال في « الروضة » : ينبغي أن يكون فيه خلاف مبني على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع ، أما جائزه كما لو نذر إعتاق رقبة .

قال رحمة الله : النظر الثاني :
في أحكام النذر والملتزمات أنواع
الأول : الصوم

قوله : وهل يجب تبييت النية في الصوم المنذور أم تكفي نيته قبل الزوال ؟

إن قلنا : إن المنذور ينزل على أقل الواجب وهو الأصح ، أو جبنا التبييت ، وإن قلنا : على أقل الجائز ، فلا . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي قد صبح هنا في « الروضة » ما صححه الرافعي من سلوك المنذور مسلك الواجب ، ثم خالف ذلك في باب الرجعة فقال من « زوائد » : المختار أنه لا يطلق ترجيح واحد من الوجهين بل يختلف الراجح منهما بحسب المسائل لظهور دليل أحد الطرفين في بعضها وعكسه في بعض . انتهى .

وقال في « شرح المذهب » : إنه الصواب .

وقد أعلمتك مرات أن لفظ « المختار » و « الصواب » في « الروضة » ليس بالمعنى المذكور في « تصحيح التنبية » ، بل بمعنى : الراجح والأصح ، ونحوهما .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » أيضاً قد تابع الرافعي على تخرير التبييت على هذا الخلاف ، وخالف ذلك في « شرح المذهب » هنا وفي كتاب الصيام فإنه حكى في ذلك طريقين : إحداهما : هذه .

والثانية : الجزم بالوجوب سواء سلكنا به مسلك الواجب أم الجائز ،

وصحح هذه الطريقة فقال : وفي صوم النذر طريقان : المذهب وبه قطع الجمهور وهو المنصوص في «المختصر» : لا يصح بنية من النهار . والثاني فيه وجهان بناء على أنه يسلك به في الصفات مسلك واجب الشرع أم جائزه ؟

ثم قال : والمذهب أنه يفرق بين هذه المسائل وبباقي مسائل الخلاف في أن النذر هل يسلك به مسلك الواجب أو المنذور ؟ فإن الحديث هنا عام . هذا كلامه في الصيام ، وذكر هنا قريباً منه .

قوله : وهل يجوز أن يصلى الصلوات المنذورة قاعداً مع القدرة على القيام ؟ فيه وجهان بناء على الأصل المذكور وهو سلوكه مسلك الواجب أم الجائز ؟

ثم قال : وإن نذر أن يصلى قاعداً جاز أن يقعد ، كما لو صرح في نذره برکعة له الاقتصار عليها ، فإن صلى قائما فقد أتى بالأفضل . انتهى كلامه . وما ذكره من جواز القعود عند تصريحه به قد ذكر بعده بنحو ثلاثة أوراق ما يخالفه مخالفة عجيبة ، فقال في أول الكلام على ما إذا نذر صوم يوم قدوم فلان ما نصه : ثم حكى الإمام عن الأصحاب أنه لو قال : على أن أصلى ركعة لم يلزمـه إلا ركعة .

ولو قال : على أن أصلـي كذا قاعداً ، يلزمـه القيام عند القدرة إذا حملنا المنذور على واجب الشرع ، وأنهم تكلـفوا فرقاً بينـهما ، قال : ولا فرق . انتهى كلامه .

فانظر إلى هذا الاختلاف العجيب كيف جزم أولاً بأنه لا يلزمـه القيام وإن سلـكنا به مسلـك الواجب ، ونقل ثانياً عن الأصحاب أنه يلزمـه ولم ينقل خلافـه .

ووقع الموضعان كذلك في « الشرح الصغير » على وجه أشد مما وقع هنا فإنه نفي الخلاف في الموضع الأول : فقال : ولو نذر أن يصلني قاعداً جاز له القعود بلا خلاف . هذا لفظه ، وذكر نحوه في « الروضة » أيضاً ، فقال : جاز القعود قطعاً .

قوله : أما لو نذر أن يعتكف فليس جنس الاعتكاف واجباً بالشرع ، وقد سبق في باب الاعتكاف وجهان في أنه هل يشترط اللبس أم يكفي المرور في المسجد مع النية ؟ والأول أصح .

ثم قال : وإن اكتفينا بالمرور ، فللإمام احتمالان : أحدهما : يشترط اللبس ؛ لأن لفظ الاعتكاف يشعر به .

والثاني : لا ، حملاً له على حقيقته شرعاً . انتهى .

وما حکاه هنا عن الإمام في كيفية الخلاف قد حکى عنه في باب الاعتكاف ترتيباً غيره ، فقال : وفي اعتبار اللبس وجهان حکاهما في « النهاية » :

أصحهما : لا بد منه .

والثاني : يكفي الحضور .

ثم فرع فقال : إن اكتفينا بالحضور حصل الاعتكاف بالعبور من باب والخروج من باب . هذا كلامه من غير زيادة عليه .

قوله في « الروضة » : ولو عَيْنَ في نذره زماناً للصوم تعين على المذهب وبه قطع الجمهور ، وقال الصيدلاني وغيره : فيه وجهان . انتهى .

وما رجحه هنا من طريقة القطع قد سبق منه في كتاب الاعتكاف ما يخالفه وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : ولو عَيْنَ يوماً من أسبوع والتيس عليه فينبغي أن يصوم يوم الجمعة لأنه آخر الأسبوع ، فإن لم يكن هو المعين أجزاءه وكان قضاء . انتهى كلامه .

وهو صريح في أن أول الأسبوع السبت وأخره الجمعة ، وقد تابعه في «الروضة» عليه ، وخالف ذلك في باب صوم التطوع من «شرح المذهب» في الكلام على صوم يوم الإثنين فقال : يسمى يوم الإثنين لأنه ثاني الأيام ، ثم قال : وأما يوم الخميس فسمي بذلك لأنه خامس الأسبوع . هذا لفظه .

وهو صريح في أن أوله الأحد ، وذكر مثله في «لغات التنبية» ، والصواب الأول ، فقد روى مسلم في «صحيحه» في الرابع الأخير من الكتاب عن أبي هريرة قال : أخذ رسول الله ﷺ بيدي فقال : «خلق الله التربة يوم السبت وخلق الجبال يوم الأحد وخلق الشجر فيها يوم الإثنين وخلق المكروه يوم الثلاثاء وخلق النور يوم الأربعاء وبث فيها الدواب يوم الخميس ، وخلق الله آدم بعد العصر يوم الجمعة في آخر ساعة من ساعات الجمعة في ما بين العصر إلى الليل »^(١) . هذا لفظه في مسلم .

وفي الصحيح أيضاً في حديث الأعرابي الذي قال للنبي ﷺ وهو يخطب : «فادع الله أن يسقينا»^(٢) الحديث إلى أن قال في آخره : «فوالله ما رأينا الشمس سبتاً» أي : جمعة ، فعبر بأول أيامها ، على أنه قد روی أيضاً ستّاً أي بكسر السين على أنه اسم للعدد الذي بين الخميس والسبع ، وكذلك قول الشاعر^(٣) :

ألم تر أن الدهر يوم وليلة يكُرَآن من سبت عليك إلى سبت
واعلم أنك إذا أردت ضبط ترتيب المخلوقات [الواقع في الحديث فأنت

(١) أخرجه مسلم (٢٧٨٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (٨٩٠، ٩٦٩، ٩٧٥) من حديث أنس رضي الله عنه .

(٣) نسب هذا البيت لعليّ بن أبي طالب رضي الله عنه . لكن بلفظ : يكُرَآن من سبت جديد إلى سبت . ثم أتبّعه ببيت آخر هو :

فقل جدید الشوب لابد من بلى

وقل لا جماع الشمل لابد من شت

بلغ حروفه مرتبة على ترتيب أوائلها [١) وحيثـد سهل استحضاره فقل :
يـجـشـمـ نـداـ .

قوله : والخلاف في أن اليوم المعين هل يتعين ؟ يجري مثله في الصلاة إذا عـيـنـ لـهـاـ فيـ النـذـرـ وـقـتـاـ ، وـفـيـ الـحـجـ إـذـاـ عـيـنـ لـهـ سـنـةـ ، وـالـتـعـيـنـ فيـ الصـلـاـةـ هـوـ الذـيـ أـورـدـهـ فـيـ «ـ التـهـذـيـبـ »ـ . اـنـتـهـىـ .

وقد تحصل منه : أن المشهور تعين وقت الصوم وأن الصلاة مثله ، بل أولى .

إذا علمت ذلك فقد جزم في كتاب الاعتكاف في أوائل الركن الرابع بأن وقت الصلاة لا يتعين ، وقد سبق ذكر لفظه هناك ، ووقع هذا الاختلاف أيضاً في « الشرح الصغير » و « الروضة » و « شرح المذهب » ، والتعين هو الصواب المفتى به ، فقد نص عليه الشافعي في « البوطي » في باب السنة في النذور فقال : ومن نذر صلاة في يوم بعينه أو صياماً فعليه أن يأتي بذلك في ذلك اليوم ، فإن أخره قضاه . هذا لفظه بحروفه ومنه نقلت .

قوله : ولو عـيـنـ لـلـصـدـقـةـ وـقـتـاـ ، قال الصيدلاني : يجوز تقديمها عليه بلا خـلـافـ . اـنـتـهـىـ .

ذكر مثله في « الروضة » ، وقد سبق في باب الاعتكاف ما يقتضي امتناع التقديم على خلاف ما نقله هنا عن الصيدلاني وأقره عليه .

قوله : فإذا نذرت المرأة صوم سنة متابعة فأفطرت بعذر الحيض والنفاس ففي قول : لا يجب القضاء كيوم العيد .

وفي قول : يجب كما إذا وقع الحيض في الصوم الواجب شرعاً .

ثم قال : وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» ، والأول أصح عند أبي علي الطبرى وأبي الحسين ابن القطان ، ونسبة ابن كج إلى المشهور وتابعهم الروياني . انتهى كلامه .

ومقتضاه أن الأكثرين على عدم الوجوب ، وبه صرخ في «الشرح الصغير» فقال : أظهرهما عند الأكثرين : لا يجب كيوم العيد . هذا لفظه . إذا علمت ذلك فقد خالف في «المحرر» وصحح الوجوب وعبر بالاظهر ، واستدرك عليه في «النهاج» ، وغالب نسخ الرافعى في «الكبير» في هذه المسألة سقىمة حصل فيها إسقاط من النساخ ، وقد أصلحت ما وقع لي منها .

قوله : ولو نذر أن يصوم يوم قدوم فلان صح نذره في أظهر الوجهين ، فإن قدم وهو مفتر لزمه صيام يوم آخر ، وهل نقول : يلزم بالنذر أن يصوم من أول اليوم ، أو نقول : يلزم من وقت القدوم إلا أنه لا يمكن صوم بعض اليوم فأوجبنا يوماً تاماً ؟ فيه وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : الأول .

ثم قال : وللخلاف فوائد :

منها : لو نذر أن يعتكف اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم نصف النهار ، فإن قلنا : بالأول اعتكف باقي اليوم وقضى ما مضى ، وإن قلنا بالثاني : اعتكف باقي اليوم ولم يلزم شيء آخر . انتهى كلامه .

وحاصله أنه يلزم في الاعتكاف قضاء ما فات على الأصح .

إذا علمت ذلك فها هنا أمور :

أحدها : أنه قد سبق منه في كتاب الاعتكاف ما يخالفه فإنه حكم في ذلك قولين ، وقال أظهرهما : أنه لا يجب ذكر ذلك في أثناء الكلام على

استبعاع الليالي للأيام وبالعكس ، وقد سبق ذكر لفظه هناك .

ووقع هذا الاختلاف أيضاً في « الروضة » وكذلك في « شرح المذهب » لأنه صحيح في آخر كتاب الاعتكاف أنه لا يلزم وبالغ في تصحيحه فقال : نص الشافعي عليه ، واتفقوا على أنه الصحيح ، ثم صحيح في هذا الباب في الكلام على نذر صومه أنه يلزم ، لكنه صحيح بعده في فصل معقود له عدم اللزوم أيضاً ولم يذكرها في « الشرح الصغير » إلا في النذر موافقاً للكبير .

الثاني : أن ما قاله الرافعي في الاعتكاف من أن الخلاف في قضاء ما مضى قولهن كيف يستقيم مع بناء ذلك على وجهين في الصوم ؟ فإن الخلاف إن كان وجهين لم يصح ما قاله في الاعتكاف ، وإن كان قولين لم يصح بناهما على وجهين ، كما نبه عليه الرافعي في غير موضع .

الثالث : أن الرافعي قد نقل هنا أثناء تعليل الوجه الثاني من أصل المسألة عن البعوي أن المحرم إذا اختار الصيام في جزاء الصيد فإنه يصوم عن كل مد يوماً فإن فضل بعض مد صام يوماً تماماً يكون بعضه واجباً وبعضه غير واجب ، وأسقط النووي هذه المسألة وفي ما قاله البعوي نظر ، بل المتوجه الحكم على الكل بالوجوب لأنه من باب ما لا يتم الواجب إلا به ، ولكن وجوب البعض بطريق [الأصالة]^(١) والباقي بطريق التوقف عليه .

قوله : ولو نذر صوم الأثنين ولزمه صوم شهرين متتابعين فيقدم صوم الكفار ، ثم إن لزمت الكفارة بعد ما نذر صوم الأثنين قضى الأثنين الواقعة في الشهرين ، وإن لزمت الكفارة قبله فوجهان :

أظهرهما عند صاحب « التهذيب » وطائفه من العراقيين : أنه يجب .

(١) في ب : الإضافة .

والأظهر عند الإمام والغزالى والقاضيين أبي الطيب وابن حجر : أنه لا يجب . انتهى ملخصاً .

لم يصح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً ، وال الصحيح وجوب القضاء كذا صححه الرافعى في « المحرر » ، وصحح النوى في « شرح المذهب » و« زوائد الروضة » و « المنهاج » : أنه لا يجب ، والصواب الأول فإن الربع قد نقله عن نص الشافعى ، كذا نقله عنه العمرانى في « البيان » والنوى في « شرح المذهب » ، لكن يشكل على الرافعى ما لو نذر صوم الدهر وكان عليه كفارة حين النذر فإن زمانها مستثنى كما قاله الرافعى وكان قياسها مما قاله في الآثرين أن يفدي عن النذر كما لو لزمه الكفارة بعد أن نذر .

قوله : في الكلام على نذر صوم الدهر ولو أفتر هذا النادر في رمضان بعذر أو غير عذر فعليه القضاء ويقدمه على النذر ، ثم إن أفتر بعذر فلا فدية عليه ، وإن كان متعدياً لزمه . انتهى .

وما ذكره هنا في وجوب الفدية من الفرق بين أن يكون لعذر أو لا لعذر قد جزم بخلافه في آخر صوم التطوع ، فإنه سوى بينهما فحكى فيهما معاً وجهين ، ولم يصرح بتصحيح ، وقد سبق إيضاحه هناك .

قوله : ولو أفتر يوماً بلا سبيل إلى قضائه لاستغراق أيام العمر بالأداء وعليه الفدية إن أفتر بلا عذر ، ثم أفاد الإمام هاهنا شيئاً :

أحدهما : أنه لو نوى في بعض الأيام قضاء يوم أفتر فيه متعدياً ، فالوجه أن يصح ، وإن كان الواجب غير ما فعل لم يلزمه المد لما نزل عن الأداء في ذلك اليوم ، ولذلك أن تقول يجيء في الصحة الخلاف المذكور فيما إذا عين وقتاً للصوم بنذره فعقد فيه صوماً آخر .

والثاني : قال : وهل يصوم عن المفتر المتعدى وليه في حياته تفريعاً على

أنه يصوم عن الميت وليه ؟ والظاهر عندنا : جوازه لتعدد القضاء منه ، وفيه احتمال من جهة أنه قد يطأ عذر يجوز ترك الصوم له ، ويتصور تكليف القضاء منه وقد يستفاد ما ذكره أنه إذا سافر يقضى ما يفطر فيه متعدياً ، وينساق النظر إلى أنه هل يلزم أن يسافر ليقضي ؟ انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره بحثاً من مجيء الوجهين قد تابعه عليه في «الروضة» ، وهو يقتضي أنهما لم يظفرا فيه بنقل ، وقد صرخ بنقلهما الروياني في «البحر» ، ورأيتهما أيضاً في «فتاوي الفوال» مع أمور أخرى لم يتعرض لها الرافعي فقال : فإذا أفطر هذا الرجل بالمرض أو غيره فهل تلزمه الفدية ؟ على وجهين :

أحدهما : لا تلزم إلا أنه يعصي إذا أفطر بغیر عذر .

والثاني : تلزمه ، وعلى هذا فهل يجوز له إخراجها في حياته ؟ على وجهين :

أحدهما : نعم لأن القضاء لا يمكن لاستغراق جميع الزمان باستحقاق الأداء .

والثاني : لا بل إنما يخرجها بعد الموت كما في الصوم الذي عليه من غيره إنما يخرج فديته بعد الموت ، وذلك لأن الفدية إنما تتجاوز عند اليأس من القضاء ، وهاهنا يكمنه أن يقضي في هذه الأيام ما فاته ، ثم إذا قضى صار تاركاً بعض الأداء ثم يقضيه بعد ذلك ، ولا يزال الأمر هكذا .

ثم قال : فرجع حاصل الكلام إلى أن الأداء أولى بهذا الزمان لأنه عين له أو أن القضاء أولى به إذ جميعه متعلق بذمته فهو كالمانع للأداء . انتهى كلامه .

وقد استفينا منه أيضًا حكاية وجهين في وجوب الفدية مطلقاً على خلاف ما جزم به الرافعي من التفصيل وحكاية وجهين في إخراجها في الحال .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن الإمام وأقره من أن الظاهر جواز صوم وليه في حياته قد تابعه عليه في « الروضة » ، وقد سبق له في كتاب الصيام من « زوائد » ما ينافقه مناقضة عجيبة فراجعه .

الأمر الثالث : أن من تعاطى سبب الترخص لقصد الترخص [لا يترخص]^(١) كما إذا سلك الطريق الأبعد لغرض القصر ، وقياسه من هنا أنه إذا سافر لقصد الترخص بترك المندور أنه لا يستبيح تركه وفيه بحث ، و قريب من هذه الصورة ما إذا حلف ليطأن زوجته في نهار رمضان ، قال ابن الصلاح والنوي وغيرهما : طريقه كما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لسائل سأله عن ذلك أن يسافر .

ومثار الوقفة في ما ذكرناه من الأمثلة أنه يسافر لقصد الترخص ويترتب على الترخص غرض آخر .

(١) سقط من أ .

النوع الثاني : الحج والعمرة

قوله : ولو نذر الحج ماشياً من دويرة أهله إلى الفراغ ، لزمه ذلك في الأصح ، فإن أطلق المشي فالأصح : أنه يلزم من وقت الإحرام سواء أحرم من الميقات أو قبله . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وهو يوهم أن ذلك لا يأتي إذا أحرم بعد الميقات وهو منوع فإنه لو جاوزه غير مرید للنسك ثم عن له الإحرام بذلك فالقياس أنه يمسي من ذلك الموضع ولا شيء عليه ، ولو جاوزه مریداً له وهو راكب فيحتمل وجوب دمين .

قوله : ولو قال : أمشي حاجاً ، فالظاهر : أنه كقوله : أحج ماشياً ، وقضية كل واحد من اللفظين اقتران الحج والمشي ، وفيه وجه أن قوله : أمشي حاجاً ، يقتضي أن يمسي من مخرجه وانتهايه إلى الحج . انتهى كلامه . فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي ذكره من التسوية بينهما حتى يلزم المشي من حين الإحرام إلى التحلل مشكل ولا يسلم أن ذلك مقتضى اللفظ في الصورة الثانية ، لأن مدلوله التزام مشي في حالة الحج ، وإذا مشى لحظة بعد الإحرام صدق أن يقال : مشى حاجاً ، وحيثئذ فيخرج عن نذره بخلاف الصورة الأولى وهي الحج ماشياً ، فإن مدلولها إيقاع الحج في حال المشي فيلزم منه الاستغراق .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد شرع في حكاية خلاف في لحاق الثانية بالأولى في ابتداء المشي فات الكلام فيه وأما نهايته فسيأتي الكلام عليها ، والوجه الذي حکاه في عدم التحاقها بالأولى وهو الوجه المذكور في آخر كلامه قد تقدم بعينه في الصورة الأولى فتأمله .

وكأن مراده أن هذا القائل يوجب المشي من حين الخروج في هذه الصورة ، بخلاف ما إذا قال : أحج ماشيا ، فإن المشي لا يجب عنده إلا من حين الإحرام .

قوله : ونهاية المشي إلى التحلل الأول على وجه ، والمنصوص وقول الجمهور : إلى أن يتخلل التحللين فله الركوب ، وإن بقى الرمي في أيام منى لأنه خارج عن الحج خروج السلام الثاني من الصلاة ، والقياس أنه إذا كان يتربّد في خلال أعمال النسك لغرض تجارة وغيرها فله أن يركب ولم يذكروه . انتهى .

وما ذكره من أن التسليمة الثانية ليست من الصلاة قد اختلف فيه كلامه وكلام « الروضة » ، وقد تقدم إيضاحه في آخر صلاة الجمعة فراجعه .

قوله في « الروضة » : وإن ترك المشي مع القدرة فحج راكبا فقد أساء ، وفيه قولان :

القديم : لا تبرأ ذمته من حجه بل عليه القضاء ، لأنه لم يأت به على صفتة الملتزمة .

والظاهر : تبرأ ، فعلى هذا هل يلزم الدم ؟ قولان أو وجهان :
أظهرهما : نعم . انتهى كلامه .

وقد ذكر الرافعي تفريعاً حسناً على القول بوجوب القضاء وحذفه من « الروضة » ، فقال بعد حكاية الأول وتعليقه : وذكر على هذا مأخذان : أحدهما : أن ما أتى به عن الحج لم يقع عن نذرها ، لأن المذور الحج ماشياً .

والثاني : أن أصل الحج وقع عنه ، إلا أنه بقي المشي واجباً ، والمشي لا يمكن تداركه مفرداً فألزم حجة أخرى ليتدارك فيها المشي ، وعلى هذا ينطبق

ما حکى عن نص الشافعی رضي الله عنه أنه لو كان قد ركب في بعض الطريق ومشى في بعض فإذا عاد للقضاء مشى حيث ركب وركب حيث مشى ، وعلى المأخذ الأول يلزم المشي في القضاء كله . هذا كلام الرافعی .

قوله : ولو قال : أحج في عامي هذا ، وهو على مسافة يمكن الحج منها في ذلك العام لزمه الوفاء . إلى آخره .

أهمل هنا ما إذا لم يكن ذلك لضيق الوقت ، وقد ذكره قبل هذا بنحو ثلاثة أوراق فقال : المذهب : أنه لا ينعقد نذره ولا شيء عليه ، وقيل : يلزمك الكفارة ، وقيل : ينعقد نذره ويقضى في سنة أخرى .

قوله : وإن نذر أن يحج حافياً فله أن يلبس النعلين ولا شيء عليه .
انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » و « شرح المذهب » وقال فيه : إنه لا خلاف فيه ، وعلله بكونه ليس بقربة ، لكن قد جزم هو في كتاب الحج من الشرح المذكور بأن الأولى دخول مكة حافياً ، ونقله في « المناسك » و « الروضة » تبعاً للرافعی عن بعضهم وأقره ، وحيثئذ فيتعين على مقتضى ذلك أن يجب عليه خلع النعلين في هذه المسافة وغيرها مما يستحب فيها أن يكون حافياً كما لو نذر المشي أو الركوب على ما مر ، وكإطالة القيام في الصلاة .

قوله : وإن نذر القران فأفرد أو تمنع فقد أتى بالأفضل فيخرج عن نذره .
انتهى .

وهذا الكلام يشعر بأنه لا يجب على النادر مع ذلك شيء آخر ، لكن هذه المسألة هي نظير ما إذا جامع القارن أو التمتع ثم أفرد ، وقد تقدم في الحج من « زوائد النووي » : أن الدم لا يسقط بعدوله إلى الإفراد فها هنا كذلك ، وفي هذه المسألة كلام يتبع الوقوف عليه سبق ذكره هناك .

النوع الثالث : إتيان المسجد

قوله : ولو قال : أمشي إلى بيت الله ، أو آتىه ولم يذكر الحرام ولا نواه فوجهان أو قولان :

أحدهما : أن مطلقه يحمل على البيت الحرام لأن السبق إلى الفهم .

وأصحهما : لا ينعقد لأن جميع المساجد بيت لله تعالى . انتهى .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وخالف في « المحرر » فصح اللزوم ، فقال : ولو نذر أن يمشي إلى بيت الله تعالى أو يأتيه فالأصح : أنه يلزم إتيانه ويحج أو يعتمر . هذا لفظه .

ووقع هذا الاختلاف أيضًا بين « الروضة » و « المنهاج » ، ونص الشافعي في « البوطي » على أنه لا يلزم ، كذا ذكره في باب السنة في النذور ، ونقله أيضًا النووي في « شرح المذهب » عن جماهير الأصحاب في الطريقين فتكون الفتوى عليه ، وقد عبر في « المنهاج » : بالأصح ، واستفادنا من تعبيره أن الخلاف وجهان .

قوله : ولو نذر المشي إلى بيت الله الحرام فليس له الركوب على الأظهر، بل يلزم المشي من دويرة أهله على الأظهر، وقيل : لا يلزم إلا من الميقات ، ثم قال : ولو قال : أمشي إلى المسجد الأقصى ، أو مسجد المدينة ، وأوجبنا الإتيان ففي وجوب المشي وجهان بناهما الشيخ أبو علي على إلزام المشي قبل الميقات ، والأظهر : الوجوب . انتهى .

والصحيح في هذه المسألة : عدم الوجوب على خلاف ما يقتضيه نقله عن الشيخ أبي علي فقد نص عليه الشافعي في « البوطي » فقال في باب السنة في النذور ما نصه : ومن نذر المشي إلى بيت المقدس أو المدينة ركب إليهم . هذا لفظه .

وصحح النووي في أصل «الروضة» الوجوب ذهولاً عن النص واعتماداً على مقالة الشيخ أبي على ، أو اعتماداً على ما يحتمل أنه من لفظ الرافعي .

قوله : وإذا نذر الصلاة في مسجد المدينة أو الأقصى ، ففي تعبينه طريقان : قال الأكثرون : فيه القولان في لزوم الإتيان ، وقد تقدم أن أصحابهما : أنه لا يجب .

والثاني : يتعين قطعاً ، ثم قال : ولا يبعد أن يرجع التعين هاهنا وإن ثبت الخلاف . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في «الشرح الصغير» أيضاً وما دل عليه كلامه في الشرحين من رجحان التعين ، قد صحة في «المحرر» خلافه ، واستدرك عليه في «النهاج» فصحح أنه يتعين وأطلق ترجيحه أيضاً في أصل «الروضة» فقال : والتعين أرجح .

قوله : وإن عين مسجد المدينة أو الأقصى للصلاة ، وقلنا بالتعين فصلى في المسجد الحرام خرج عن نذره على الأصح بخلاف العكس ، وفيه احتمال للإمام . انتهى كلامه .

وهذا [الاحتمال] ^(١) عائد إلى المسألة الأولى وهي الصلاة في المسجد الحرام عوضاً عن أحد المسجدين ، كما ذكره في «النهاية» ، فقال : ولو قال : أصلي في مسجد المدينة ، فصلى في المسجد الحرام ، فالأصح : أنه يخرج عن النذر ، وفيه شيء أخذنا من الالتزام . هذا كلامه .

والاحتمال المذكور هو مقابل الأصح فإنه لم يذكر غيره ، وأيضاً فلو كان مقابلته قوله أو وجهاً لم يكن لذكر الاحتمال معه فائدة ، وتعبيره بالأصح لا يدل على خلاف ، فإنه لم يصطلح على شيء من ذلك بل هو

(١) في ب : الكلام .

كتعبيره بالقياس والظاهر والراجم ونحوها ، وقد فهم النووي أيضًا ذلك فإنه لم يذكر في « الروضة » هذا الاحتمال بالكلية ، فدل على أنه ليس عائدًا إلى الصورة الثانية بل إلى الأولى ، واستغنى عن التصريح به اعتمادًا على فهم ذلك من تعبيره بالأصح ، غير أن تركه لفظ الأصح يشعر على اصطلاحه بأن في المسألة وجهين المعروف الجزم بأنه يقوم مقام المسجدين المذكورين وهو المجزوم به في « تعليق القاضي الحسين » وغيره المنصوص عليه في « البوطي » كما ستعرفه .

نعم من يجعل احتمالات الإمام وجوهًا كالغزالى فيحسن منه إثبات الخلاف .

قوله : وهل تقوم الصلاة في أحدهما - أي مسجد المدينة وبيت المقدس - مقام الآخر ؟ فيه وجهان . انتهى .

والصواب وجه ثالث وهو أن مسجد المدينة يقوم مقام الأقصى بخلاف العكس ، فإن الشافعى قد نص عليه في « البوطي » وهو المذكور في « تعليقة القاضي الحسين » و « التتمة » وغيرهما ، وصححه النووى في « الروضة » و « شرح المذهب » ، وقد صاح الرافعى والنوى أيضًا ذلك في نظر المسألة وهو نذر الاعتكاف في أحدهما كما أوضحته في موضعه ، ويتجه في المسألة وجه آخر وهو أنه إن كانت المسافة بين المسجدين من مكانه متساوية فتجزئ الصلاة في أحدهما عن الآخر ، وإن كانت متفاوتة فلا يجزئه الأخف عن الأثقل كما ذكروه في ميقات الحج ، وكذلك في نذر jihad على الأصح ، إلا أن المنصوص أصوب وأقىس .

قوله : فروع : قد عرفت أن الظاهر في نذر المشي إلى بيت الله الحرام وجوب الحج أو العمرة ، فلو قال في نذرها : أمشي إلى بيت الله الحرام بلا حج ولا عمرة ، [فيه وجهان :

أحدهما : ينعقد نذره ويلغو تقييده بقوله : لا حج ولا عمرة [١].

والثاني : لا ينعقد ، فإذا أتاه فعليه حج أو عمرة إن أوجبنا إحراماً لدخول مكة ، فإن لم نوجبه لدخولها فعلى ما ذكرناه في مسجد المدينة ومسجد الأقصى . انتهى .

والأصح في المسجدين : عدم الانعقاد ، وفي داخل مكة : أنه لا يجب عليه الإحرام ، وحيثئذ فلا تبقى للنذر فائدة ، ويلزم من ذلك أن يكون الأصح عدم صحته .

إذا علمت ذلك فقد تابعه في « الروضة » على هذا كله ثم صحق من « زوائده » انعقاد النذر ، وذكر مثله في « شرح المذهب » ، وهو كلام متدافع على أن كلام الرافعي أيضاً فيه إيهام .

قوله : وقال القاضي ابن حجر : إذا نذر أن يزور قبر النبي ﷺ فعندي أنه يلزمته الوفاء وجهاً واحداً ، ولو نذر أن يزور قبر غيره ففيه وجهان عندي . انتهى .

وتعبيره في آخر كلامه بقوله : عندي ، يدل على أنه أراد بالوجهين احتمالين ، ولم يتعرض لهذه اللفظة في « الروضة » .

النوع الرابع : الهدايا والضحايا

قوله : فإذا قال : لله عليّ أن أتصدق على زيد وهو فقير ، فهل يتعين الصرف لزيد ؟ فيه خلاف ، والظاهر : التعين ، وقد ذكر صاحب «التهذيب» وغيره : أنه لو نذر أن يتصدق بكندا على أهل بلد عينه يجب أن يتصدق به عليهم ، ومن هذا القبيل ما ينذر بعثه إلى القبر المعروف بجرجان فإن ما يجتمع به على ما يحكي يقسم على جماعة معلومين . انتهى .

والمسألة الأولى والأخيرة قد أسقطهما النووي من هذا الموضع مع الاحتياج إلى الثانية وغرابتها .

قوله : ولو نذر شاة فأخرج عنها بدنـة جاز ، وهـل يكون الكل فرضاً ؟ فيه وجهان . انتهى .

وقد حصل اضطراب شديد في الراجح من هذين الوجهين أو ضحته في باب صفة الصلاة فراجعه فإنه مشتمل على فوائد كثيرة .

قوله : فإذا قال : لله عليّ أن أهدي بعيراً ، أو بقرة ، أو شاة . ففي اشتراط إجزائه في الأضحية قولان مبنيان على أنه يسلك به مسلك الواجب أما الجائز ؟ ثم قال عقبه : قال الإمام : وبالاتفاق لا يجزئ الفصيل في نذر البعير لأنـه لا يسمـى بعيراً ، ولا العجل إذا ذكر البقرة ، ولا السـُّخـَلـَةـ إذا ذكر الشـَّـاةـ . انتهى كلامـهـ .

ومـا نقلـهـ عنـ الإمامـ منـ الـاتـفـاقـ وـسـكـوـتـهـ عـلـيـهـ تـابـعـهـ عـلـيـهـ فيـ «ـالـروـضـةـ»ـ أـيـضاـ وـهـوـ مـخـالـفـ لـكـلـامـهـ فـإـنـ الرـافـعـيـ حـكـىـ هـنـاكـ وجـهـينـ فـيـ تـناـولـ الشـَّـاةـ السـُّـخـَلـَـةـ ،ـ وـلـاـ شـكـ فـيـ جـرـيـانـهـماـ فـيـ هـذـاـ الـبـابـ إـذـاـ سـلـكـناـ

بالمذور مسلك الجائز ، فإن المتبوع في البابين إنما هو الاسم .

قوله : ولو قال : لله عليّ أن أهدى ، ولم يسم شيئاً فاجدید : أنه يحمل على ما يجري في الأضحية لأنّه المعهود شرعاً .

والقديم : أنه يخرج عنه بكل متمول ، ثم قال : ولو قال : عليّ أن أهدى الهدي ، بالألف واللام انصرف إلى المعهود الشرعي ولم يجرروا فيه الخلاف . انتهى كلامه .

وما ذكره من نفي الخلاف قد تبعه عليه في « الروضة » و « شرح المذهب » وعبر فيهما بقوله : حمل على المعهود الشرعي بلا خلاف ، والذي قاله غريب ، فقد حکى الماوردي فيه خلافاً ، وبالغ فنسب ما قاله الرافعی إلى الشيخ أبي حامد ومن أخذ بمذهبه .

ثم قال : وسائل أصحابنا على خلافه ، ونقل عنه الروياني في « البحر » أيضاً ما حکيناه عنه .

قوله : ولو نذر أن يهدي مالاً معيناً فيجب صرفه إلى مساكين الحرم ، وحکى ابن كج وجهها ضعيفاً أنهم لا يتبعينون ، ثم فرع على الأول فقال : وهل يجب الذبح في الحرم ؟ فيه وجهان . أصحهما : [نعم]^(١).

والثاني : يجوز أن يذبح خارج الحرم بشرط أن ينقل اللحم قبل [أن يتغير وقد سبق نظيره . انتهى كلامه .

واعلم أنه قد قال قبل [) ذلك بنحو ثلاثة أوراق : ولو نذر أن يهدي بدنة أو شاة إلى مكة ولم يتعرض للذبح وتفرقة اللحم فيلزمها الذبح بها ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الجزء التاسع

بدنة أو شاة إلى مكة ولم يتعرض للذبح وتفرقة اللحم فيلزمها الذبح بها ، وفي تفرقة اللحم بها وجهان :

أحدهما : له أن يفرق في موضع آخر إلا إذا نوى .

وأصحهما : الوجوب حملًا على الهدايا . انتهى .

فجزم هنا بما أجرى فيه الخلاف هناك ، وجزم هناك في ما أجرى فيه الخلاف هنا ، فجزم هنا بالتفرقة ، وحکى الخلاف في الذبح وعكس هناك .

قال : رحمة الله : مسائل منثورة

قوله : ولو نذر ستر الكعبة وتطييبها لزمه ، ولو نذر تطبيب مسجد المدينة والمسجد الأقصى أو غيرهما من المساجد ففيه تردد للإمام ، ومال إلى تخصيصه بالكعبة والمسجد الحرام . انتهى .

ذكر في « الروضة » مثله أيضًا والختار كما قاله النووي في « شرح المذهب » : صحة هذا النذر .

قال الشيخ عز الدين : وحكم مشاهد العلماء والصلحاء كتصريح الشافعي وذي التون المصري حكم البيوت لا المساجد ^(١) .

قوله : والثاني : أغرب القاضي ابن كج فحكى وجهاً أنه لا يجوز الوقف على البنيان كما لو وقف على المسجد والكعبة ونحوهما ، وإنما الوقف على من يملك ، وذكر على هذا أنه لا يجوز أن يقصد كون الستر والطيب للكعبة ، بل ينبغي أن يجعله لعامة المسلمين ليتجملوا به ، ولا أدرى هل جرى ذكر هذا الوجه في الوقف أم لا ؟ انتهى .

وهذا الكلام قد حذفه النووي من « الروضة » ولم يتقدم للوجه ذكر في الوقف ، بل جزم الرافعي هناك بصحة الوقف على المسجد والكعبة .

نعم حكى وجهين في اشتراط بيان المصرف من عمارة أو وقود ونحوهما وصح عدم الاشتراط .

ونقل عن القفال : أنه لابد من بيان المصرف في الرباط .
وعن الحناطي في الدار نحوه أيضًا ، ولا يلزم من الاشتراط في هذين

(١) بل حكمها حكم المقابر ، فتعامل معاملة المقابر ، فلا تشد لها الرحال ، ولا يطاف حولها ، ولا ينذر لها ، كما نراه اليوم ، فإن هذا كله من الأمور الشركية .

اشتراطه في المسجد والكعبة ، لأن المسجد عند الأصحاب بمثابة الأحرار في الملك .

قوله : فروع : نقل القاضي ابن كج وجهين في من قال : إن شفى الله مريضي فللها عليًّا أن أُعجل زكاة مالي ، هل يصح نذره ؟ ووجهين في من قال : إن شفا الله مريضي فللها عليًّا أن أذبح عن ولدي ، هل يلزم الذبح عن ولده ؟ لأن الذبح عن الأولاد مما يتقرب به .

ووجهين أيضاً في ما إذا قال : إن شفى الله مريضي فللها عليًّا أن أذبح ابني ، فإن لم يجز فسحة مكانه ، هل يلزم ذبح شاة ؟ ووجهين في ما إذا نذر النصراني أن يصلني أو يصوم ثم أسلم ، هل يلزمه أن يصلني صلاة شرعننا وصومه ؟ . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح في الصورة الثانية : الصحة ، وفي الباقى البطلان ، وذكر نحوه في « شرح المذهب » أيضاً ، فأما التعجيل : فينبغي صحة نذره حيث قلنا باستحبابه ، وهو ما إذا اشتدت حاجتهم أو قدم الساعي في المحرم ولم يتم حوله .

وأما الذبح عن الولد : إذا أوجبناه فهل يجب تفريق الجميع أم لا ؟ وإذا لم نوجب فهل نسلك بالحيوان مسلك الأضحية أو العقيقة ؟ .

وأما الثالثة : ففيها ما ذكرناه في الثانية إن قلنا بالصحة .

وأما الأخيرة : فالخلاف فيها مشهور حتى في « التنبيه » وقد ذكره الرافعي في أول الباب وصح عدم الصحة ، وإيراده لهما عن ابن كج من غير ترجيح يشعر باستغرابهما .

قوله : وفي « فتاوى القفال » : أنه لو نذر أن يضحى بشاة ثم عين شاة لنذره فلما قدمها للذبح صارت معيبة : لا تجزئ ، ولو نذر أن يهدى شاة ثم

عُيْن شاة وذهب بها إلى مكة فلما قدمها للذبح تعيبت : أجزأته لأن الهدى ما يهدى إلى الحرم وبالوصول إليه حصل الإهداء ، والتضحية لا تحصل إلا بالذبح . انتهى .

وما نقله عن القفال من إجزاء الهدى وأقره عليه [قد تابعه]^(١) في «الروضة» أيضاً عليه ، وليس كذلك بل الصحيح فيه أيضاً : عدم الإجزاء كالأضحية ، كذا ذكره الرافعي في النظر الثاني من كتاب الأضحية في الحكم الثاني منه فقال : ولو تعيب الهدى بعد بلوغ المنسك فوجهان :

أحدهما ويحكي عن ابن الحداد : أنه يجزئ ذبحة ، لأنه لما بلغ موضع الذبح صار كالحاصل في يد المساكين ، ويكون كمن دفع الزكاة إلى الإمام فلتلت في يده تحسب من زكاته .

ونسب الإمام هذا الوجه إلى القفال .

وأصحهما : المنع ، فإنه من ضمانه ما لم يذبح . هذا كلامه ، ثم حكى عن «التهذيب» وجهاً آخر مفصلاً بين أن يمكن فلا يجزئ وإلا فيجزئ .

قوله : وفي «تفسير أبي نصر القشيري» : أن القفال قال : من التزم بالنذر أن لا يكلم الآدميين يحتمل أن يقال : يلزمك ، لأنه مما يتقرب به ، ويحتمل أن يقال : لا ، لما فيه من التضييق والتشديد ، وليس ذلك من شرعنا كما لو نذر الوقوف في الشمس . انتهى .

والأصح كما قاله في «زوائد الروضة» و «شرح المهدب» : هو الاحتمال الثاني ، وحديث أبي إسرائيل^(٢) الذي ذكره الرافعي في أول الباب يدل عليه ، وفي البخاري^(٣) أن امرأة حجت صامتة عن الكلام ،

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه البخاري (١٨٤٤) ومسلم (١١١٥) من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

(٣) حديث (٣٦٢٢) .

فقال لها أبو بكر رضي الله عنه : تكلمي فإن هذا لا يحل .

قوله من « زوائده » نقلًا عن « فتاوى القاضي » : أنه لو نذر صوم سنة معينة ثم قال : إن شفى الله مريضي فللها على صوم الأثنين من هذه السنة ، قال : لا ينعقد الثاني ؛ لأن الزمان مستحق لغيره ، وقال العبادي : ينعقد ويلزمه القضاء .

قيل له : لو كان له عبد ، فقال : إن شفى الله مريضي فللها على عتقه ، ثم قال : إن قدم زيد فعلى عتقه .

قال : ينعقد إن كانوا وقعا معاً أقرع بينهما . انتهى .

والمسألتان قد تقدمتا في كلام الرافعي في آخر الكلام على نذر الصوم ، فأما الأولى : فكلام الرافعي فيها مشتمل على ما هو منقول هنا وزيادة ، وأما الثانية وهي مسألة العبد : فتكلم هناك على ما يدخل فيه العبد وغيره ولم يذكر ما قاله العبادي من الإقرار بل ذكر غيره فراجعه .

كتاب القضاء

وفيه أربعة أبواب .

الباب الأول : في التولية والعزل

وفيه فصلان :

الفصل الأول : في التولية

قوله : والقضاء والإمامية من فروض الكفاية بالإجماع ، لأن الظلم من شيء النفوس ، ويجوز أن يوضع على لفظ المسألة من الكتاب وأولان بعض الأصحاب في ما حكى القاضي ابن كج ذهب إلى أن القضاء مكرر لالأحاديث المحددة في الباب ، وظاهر المذهب الأول ، ثم قال : وإذا قلنا بظاهر المذهب فإذا قام بعض الصالحين للقضاء به سقط الفرض عن الباقين ... إلى آخره .

واعلم أن الرافعـي أشار بقوله : لأن الظلم من شيء النفوس ... إلى قول المتنبي :

الظلم من شيء النفوس فإن تجد ذا عفة فلعله لا يظلم

وكلامه صريح في أن الخلاف المذكور محله في الفرضية وعدمها ، وقد أثبته كذلك في « الشرح الصغير » ، وأسقطه النووي من « الروضة » وسيبـه أنه قد ذكر أولاً الإجماع على كونه فرضًا فكيف يكون مختلفاً فيه ؟ فلما أشكل عليه حالة حذفه ، وغاية ما يقال فيه : أن الوجه لابد أن تكون مخرجة من قواعد المجتهد ولازمة لأصوله التي قررها ، وللنـاس خلاف مشهور في أن لازم المذهب هل هو مذهب أم لا ؟ فالذاهب إلى أنه ليس بمذهب قد يذهب إلى أنه لا يقدح في الإجماع ، وحيثـنـتـ تستقيم دعوى الإجماع مع إثبات الوجه ، وقد صـرـحـ في « المطلب » بعد هذا بـقـليلـ بـحكـيـةـ

خلاف في أنها هل تقدح في الإجماع أم لا ؟ وصح أنها تقدح ، وقد يجاب بجواب فيه منع لما فهمه الرافعي فيقال : ليس الخلاف عائداً إلى الفرضية وعدمها بل في الكراهة فقط وإن كان مجمعاً على كونه فرضاً ، ولا منافاة لأن المنسافة إنما هي حاصلة بين الكراهة وفرض العين لا بينهما وبين فرض الكفاية ، ألا ترى أننا نرد شهادة أصحاب الحرف على ما سيأتي وإن كان القيام بتلك الحرف فرضاً ؟

قوله : وربما تردد الناظر في إخبار المتنع من القضاء من جهة أن الامتناع من هذا الفرض الذي هو مناط المصالح العامة بعد ما تعين يشبه أن يكون من الكبائر ، وحينئذ فيفسق به ويخرج عنأهلية القضاء لفوات شرط العدالة فكيف يولى ويجبر على القبول ؟ ويمكن أن يكون المراد : أن يؤمر بالتوبة أولاً فإذا تاب تولى . انتهى كلامه .

وهذا الجواب الذي ذكره الرافعي بتقدير الفسق قد سلمه له في «الروضة» وهو غير مستقيم ، وذلك لأنه إن صح ما قاله من كونه فسقاً فالفاشق إذا تاب لا تجوز ولايته ولا نقبل شهادته إلا إذا مضت عليه مدة الاستبراء ، ولم يشترط ذلك هو ولا غيره ، والصواب : الجواب بما أشار به في «الروضة» أن هذا لا ينبغي أن يكون فسقاً لأن من يمتنع عن مثل هذا إنما يمتنع غالباً متأنلاً والمتأول ليس عاصياً قطعاً وإن كان مخطئاً في تأويله .

قوله : فإن كان أصلح منه بنى على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل ؟ وفيه خلاف للمتكلمين والفقهاء ، والأصح: الانعقاد لأن تلك الزيادة خارجة عن شرط الإمامة ، وفي القضاء خلاف مُرتب وأولى بالانعقاد . انتهى .

تابعه في «الروضة» على إطلاق الخلاف ومحله ما إذا لم يكن عذر، فإن كان أطوع في الناس وأقرب إلى القلوب انعقدت قطعاً ، قاله الماوردي .

قوله : في الجماعة المتماثلين : وإن كان مع الشهرة مكفيًا فيكره له الطلب ، ومنهم من لا يطلق لفظ « الكراهة » ، ويقتصر على أن الأولى أن لا يطلب . انتهى .

وما ذكره من تضييف الاقتصار على الأولوية ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وخالف في « المحرر » فجزم بما ضعفه هنا فقال : وإن كان مشهورًا مكفيًا فالأولى أن لا يطلب . انتهى .

ووقع الموضعان في « الروضة » و « المنهاج » كذلك أيضًا .

قوله : في أصل « الروضة » : وال الصحيح تفصيل ذكره « الروياني » وهو أنه إن تَعَيَّنَ عليه القضاء أو كان من يستحب له فعله بذل المال ، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ وهذا كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال ، وإن لم يتعين ولم يكن مستحِبًا جاز له بذل المال ليتولى ، ويجوز له البذل بعد التولية لثلا عزل . انتهى كلامه .

وما ذكره في أواخره من جواز البذل عند انتفاء التعيين والاستحباب غلط على العكس مما نقله الرافعي عن الروياني ، فإن المذكور فيه ، أنه لا يجوز وهو الذي ذكره أيضًا الروياني في « البحر » و « الخلية » وهو الصواب .

قوله : الثالث : طرق الأصحاب متفقة في تعيين الشخص للقضاء ، وعدم تعيينه على النظر إلى البلد والناحية لا غير .

وقضيته أن لا يجب على من يصلح للقضاء طلبه ببلدة أخرى لا صالح بها ، ولا قبوله إذا ولى . انتهى .

وما ذكره من حكاية الاتفاق ، وتابعه عليه في « الروضة » قد سبقهما إليه جماعة وليس كذلك ، بل فيه خلاف حكاہ ابن الرفعة في « الكفاية » عن ابن الصباغ وغيره .

قوله : وزاد المصنف تحقیقات أوردها في أصول الفقه منها : أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها ، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجمع أحاديث الأحكام كسن أبي داود ، ويكتفى أن يعرف موقع كل باب فيراجعه إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب .

ومنها : أن كل حديث أجمع السلف على قبوله أو توأرت عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته ، وما عدا ذلك ينبغي أن يكتفى في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عرف صحة مذهبة في الجرح والتعديل . انتهى .

أما الأول : فقد اعترض عليه في « الروضة » فقال : لا يصح التمثيل بسن أبي داود ، فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام [ولا معظمها ، وهذا الذي ذكره لا يرد فإنه لم يدع استيعاب الأحكام] ^(١) بل ادعى الاعتناء فيه بالجمع .

ولا شك أن السنن المذكورة كذلك ، ونظيره أن تقول : إن الرافعي قد اعنى في شرحه بجميع الأحكام وإن فاته مسائل كثيرة مذكورة في المطولات والمختصرات حتى من « التنبيه » للشيخ أبي إسحاق .

وأما الثاني : فقال : إن هذه المسألة مما أطبق جمهور الأصحاب عليه وشد من شرط في التعديل اثنين ، ثم إن توادر العدالة لا يكفي بل لابد مع ذلك من الضبط ، والمراد بقبول السلف له : هو علمهم به ولا يكفي عملهم على وفقه فقد يكون ذلك لأجل غيره لا له .

قوله : ويشترط في القاضي وراء ما ذكره في « الكتاب » صفات آخر ، منها الإسلام والكمامة ، فلا يجوز تقليد المغفل والذي اختل رأيه ونظره بغيره ومرض ونحوهما . انتهى .

(١) سقط من ب .

واعلم أن هذين الشرطين ليسا زائدين على ما في «الوجيز» فإنهما شرطان لأهلية الاجتهاد والفتوى ، والأهلية كذلك قد صرخ باشتراطها في القاضي ، فكأن اشتراطه للأهلية المذكورة في القاضي اشتراطًا للإسلام والكفاءة أيضًا ، والشرط الأول بخصوصه داخل أيضًا في العدالة ، وقد صرخ بها في «الوجيز» .

قوله : قال في «ال وسيط » : لكن اجتماع هذه الشروط متغدر في عصرنا خلو العصر عن المجتهد المستقل ، فالوجه : يتقييد قضاة كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً أو فاسقاً ، لئلا تتعطل مصالح الناس ، ويعيده أنا ننفذ قضاة قاضي البغاء لمثل هذه الضرورة ، وهذا أحسن لكن في بعض الشروح أن قاضي البغاء إذا كان منهم وبغيهم لا يوجب فسقاً كبعض أصحاب معاوية رضي الله عنه جاز قضاوه .

وإن أوجب الفسق كبعض أهل النهر وإن لم يجز . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن ما قاله الغزالى قد جزم به الرافعى في «المحرر» ، وكذلك صاحب «الحاوى الصغير» ، ولم يحك في «الشرح الصغير» غيره ، ونقل الرافعى في كتاب البغاء ذلك فقال : قال المعتبرون : ينظر إن كان قاضيهم لا يستحل دماء أهل العدل وأموالهم نفذ حكمه ، وإن كان يستحل دمهم لا ينفذ حكمه ، لأن من شرط القضاة العدالة ، ومنهم من يطلق القول بنفوذ حكمه . هذا كلامه .

وقال في «البحر» : يتحمل وجهين : أحدهما : لا ينفذ ويتحاكمون إلى من هو من أهل القضاة ، فإن لم يجدوا أهلاً نفذت أحكامه للضرورة . هذا كلامه .

ونقل ابن الرفعة في « الكفاية » عن « الكافي » له مثله أيضاً .

وقال ابن الصلاح وابن أبي الدم : لا نعلم أحداً ذكر ما ذكره الغزالى ، والذى قطع به العراقيون والمراواة أن الفاسق لا تنفذ أحكامه .

وقد ظهر لك بما قلناه بطلان ما قالاه ، وتقيد الغزالى بالفاسق والجاهل يشعر بأنه لا ينفذ من المرأة والكافر ، وهو ظاهر .

الثاني : أن كلامه يقتضي : تصحيح تنفيذ الحكم من قاضي البغاء وإن كان بغيه يوجب الفسق ، وهو مخالف لما سبق في قتال البغاء .

الثالث : أن ما جزم به من انقسام البغي إلى فسق وغيره ، قد ضعفه في قتال البغاء في الكلام على الحكم ، وصح أن ليس بنسب مطلقاً فراجعاً أيضاً .

الرابع : أن هذا التفصيل الذي نقله عن بعض الشروح المجهولة ، واقتضى كلامه استغرابه غريب لأجل ما نقلناه عنه أيضاً الآن من كلامه في قتال البغاء .

قوله : وهل على المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرة أخرى أو سئل عنها مرة أخرى أم يجتهد اجتهاده الأول ؟ وجهان ، كما سبق في القِبْلَة . انتهى .

والأصح كما قاله في « شرح المذهب » و« زوائد الروضة » : لزوم التجديد ، قال : وهذا إذا لم يكن ذاكراً للدليل الأول : ولم يتجدد ما قد يوجب رجوعه ، فإن كان ذاكراً : لم يلزمـه قطعاً ، وإن تجددـ ما قد يوجب الرجوع : لـزمـه قطعاً .

قوله : وإنما يسأل من عرف علمـه وعدـالته ، وإذا لم يـعرفـ العلمـ بـحـثـ علىـ الحالـ منـ النـاسـ ، وإذا لم يـعرفـ العـدـالـةـ فـلـصـاحـبـ «ـ الـكـتـابـ »ـ فـيـهـ

احتمالاً ذكرهما في الأصول :
أحدهما : أن الجواب كذلك .

وأشبهما : الاكتفاء بأن الغالب من حال العلماء العدالة ، بخلاف البحث عن العلم فليس الغالب من الناس العلم ، ثم ذكر احتمالين في أنه إذا وجب البحث فيفتقر إلى عدد التواتر أم يكفي إخبار عدل أو عدلين ؟ أقربهما الثاني . انتهى كلامه .

استدرك عليه في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » فقال : الاحتمال في ما إذا لم يعلم العدالة ، بما في ما إذا كان مستوراً : وهو الذي ظهر العدالة ولم يختبر باطنه ، وهما وجهان ذكرهما غيره .

أصحهما : الاكتفاء لأن العدالة الباطنة تعز معرفتها على غير القضاة فيعسر على العامة تكليفهم بها .

وأما الاحتمال المذكوران ثانياً فهما محتملان ، ولكن المنقول خلافهما والذي قاله الأصحاب أنه يجوز استفتاء من استفاضت أهليته ، وقيل لا يكفي الاستفاضة ولا التواتر ، بل إنما يعتمد قوله : أنا أهل للفتوى ، ويجوز استفتاء من أخبر ثابت الأهلية بأهليته .

قوله : وإذا وجد مفتين فأكثر فهل يلزمه أن يجتهد ويسأل أعلمهم ؟ فيه وجهان : أصحهما عند عامة الأصحاب : لا ، بل يتخير ويسأل من شاء منهم لأن الأولين كانوا يستفتون من شاءوا من الصحابة .

ثم قال : وذكر صاحب « الكتاب » في الأصول : أنه إذا كان يعتقد أن أحدهم أعلم لم يجز أن يقلد غيره ، وإن كان لا يجب عليه البحث عن الأعلم إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بزيادة علم . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره الغزالى قد ذكره أيضاً غيره ، قال في « الروضة » : وهو إن كان ظاهراً ففيه نظر لما ذكرناه من سؤال أحد الصحابة ثوابه مع وجود أفضالهم فقد يمنع هذا ، ثم قال - أعني : النووي - وعلى الجملة [المختار] ^(١) ما ذكره الغزالى ، فعلى هذا يلزم منه تقليد أورع العالمين وأعلم الورعين ، فإن تعارضاً قدم الأعلم على الأصح .

قوله : في « أصل الروضة » : فرع : إذا استفتني وأجيب فحدثت له تلك الحادثة ثانياً ، فإن عرف استناد الجواب إلى نص أو إجماع فلا حاجة إلى السؤال ثانياً وكذا لو كان المقلد ميناً وجوزناه .

وإن عرف استناده إلى الرأي والقياس أو شك والمقلد حي فوجهان : أحدهما : لا يحتاج إلى السؤال ثانياً ، لأن الظاهر استمراره على جوابه . وأصحهما : يلزم منه السؤال ثانياً . انتهى .

وم محل هذا الخلاف إذا لم يكثر وقوع المسألة ، فإن كثراً لم يجب على العامي تجديد السؤال جزماً ، كذا ذكره النووي في أوائل « شرح المذهب » .
قوله : وإذا [سأل] ^(٢) بالرقة فليكن كاتبها حاذقاً ليبين موضع السؤال ويسقط مواضع الاشتباه لئلا يذهب الوهم إلى غير ما وقع عنه السؤال .

كما يحكى أنه كتب عقلاً في زمان أبي الحسين الكرخي : ما يقول الفقهاء في رجل قال لأمرأته : [أنت طالق إن ، ثم] ^(٣) وقف عند « إن » ، [فقرأوا : إن تم وقف عبدالان] ^(٤) وأجابوا بأنه إن تم وقفه طلقت وإلا فلا ، فعرضت الرقة على الكرخي فلما تأملها عرف أنهم صحفوا وأن الكاتب أراد

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من أ .

أنه قال : أنت طالق إن ، ثم أمسك بعد « إن » ، فلم يذكر شرطاً . انتهى . كلامه .

وهذه المسألة وهي الوقوف على أداة شرط لم يصرح هنا بحكمها ، وقد يتشرف الواقف على هذا الوضع إلى معرفة ذلك ، وقد ذكرها الرافعي في موضعين بجوابين مختلفين ، تبعه عليهما في « الروضة » :

أحدهما : في باب عدد الطلاق .

والثاني : في أوائل الشرط في الطلاق فراجع ذلك ، وعبدان : بباء موحدة ثنائية عبد .

قوله : وإذا رأى في الفتيا جواب من لا يصلح للفتوى لم يفت معه .

قال الصimirي : قوله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقة وبغير إذنه ، ولا يحبسها إلا بإذنه . انتهى .

وما نقله عن الصimirي من الضرب على خط الأول بغير إذن مالكها ، قد ذكر العبادي في « الزيادات » بالنسبة إلى إصلاح كتب العلم ما يخالفه ، فإنه قال : لا يجوز إصلاح ما يقع فيها من الغلط بغير إذن إلا أن يكون قرآناً ، فإنه يجب .

قوله : ويجوز أن يكتفي برسول ثقة وبالرقعة . انتهى .

ومحل الاعتماد على الرقة إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه أو كان يعرف خطه ، ولم يشك فيه ، كما نبه عليه في « شرح المذهب » و « زوائد الروضة » وهو واضح .

قوله : ولو نكح مجتهداً امرأة خالعها ثلاثة ، لأنه رأى الخلع فسخاً ثم تغير اجتهاده ، قال صاحب « الكتاب » في « الأصول » : يلزمها تسريحها ، وأبدى ترددًا في ما إذا فعل المقلد مثل ذلك ، ثم تغير اجتهاد مقلده ، قال : وال الصحيح

أن الجواب كذلك ، كما لو تغير اجتهاد المقلد في الصلاة فإنه يتحول .
انتهى .

وهذا الذي قاله الغزالى نقله النووي عن الصيمرى والخطيب البغدادى
وغيرهما .

قال : ولا نعلم فيه خلافاً لأصحابنا .

قوله : ولو قال المجتهد للمقلد في صورة النكاح المذكورة : أخاطبك من
قلدته ؟ فإن كان الذي قلد أعلم من الثاني ، أو استويا فلا أثر لقوله .
وإن كان الثاني أعلم فالقياس : آنما إن أوجبنا تقليد الأعلم فهو كما لو
تغير اجتهاد مقلده ، وإلا فلا أثر له .

اعتراض في « الروضة » فقال : هذا الذي زعم الإمام الرافعى أنه
القياس ليس بشيء ، بل الوجه الجزم بأنه لا يلزم شيء ، ولا أثر لقوله
الثاني ، وهذا كله إذا كانت المسألة اجتهادية . هذا كلامه .

والذي ذكره رحمة الله - أعني النووي - ضعيف أو باطل .

والصواب ما ذكره الرافعى ، فقد ذكر هو والرافعى وغيرهما في الصلاة
ما هو أبلغ منه فقالوا : إنه إذا صلى بالتقليد ، ثم قال له : من هو أعلم
من الذي قلدك أخاطبك الذي قلدته .

فهو كتغير اجتهاده حتى يجب عليه الأخذ بالثانية وهو مع ما قاله هنا
في غاية التنافي .

ثم إنه هل يخص ما قاله هنا بهذه المسألة أو يطرده في سائر المسائل ؟

قوله : من « زوائد » قال الصيمرى : وتقيل فتاوى أهل الأهواء والخوارج
ومن لا يكفر ببدعته ولا بفسقه ، وذكر الخطيب هذا ، ثم قال : وأما الشرارة
بضم الشين المعجمة ، والرافضة الذين يسبون السلف - رضي الله تعالى

عنهم - ففتاويهم مردودة وأقاويمهم ساقطة . انتهى .

وهذا الذي نقله عن الخطيب في الشراة والرافضة قد جزم به في أوائل «شرح المذهب» ، لكن نقل الرافعى ، في كتاب الشهادات أن الأكثرين على قبول شهادة الذين يسبون الصحابة ، وزاد في «الروضة» على هذا فقال : إنه الصواب .

والجمع بين المقالتين مشكل ، فما الفرق بين قبول شهادته وقبول فتواه إذا كان مجتهداً مع أشتراط العدالة في الموضعين ؟

واعلم أن هذه المسألة مع المسائل الستة الآتية بعدها جميعها من الزوائد.

والشراة : جمع شاري وهو البائع قال تعالى : ﴿ وَشَرَوْهُ بِشَمْنِ بَخْسٍ ﴾^(١) أي باعوه ولقبوا أنفسهم بذلك ، لأنهم يقولون إنهم باعوا أنفسهم لله تعالى في القيام بنصرة دينه .

قوله : وهل يشترط في المفتى أن يعرف من الحساب ما يصحح به المسائل الحسابية الفقهية ؟ وجهان : حكاهما الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني وصاحبه أبو منصور البغدادي . انتهى .

والأصح : هو الاشتراط كذا صححه النووي في أوائل «شرح المذهب» وابن الصلاح في «أدب المفتى» ، وقال الروياني : المذهب أنه لا يشترط .

قوله : وإن كان له أبي للمفتى رزق لا يجوز أخذ الأجرة ، وإن لم يكن له رزق لم يجز أخذ أجرة من أعيان المستفتين كالحاكم ، واحتال الشيخ أبو حاتم القرزي في «حيله» فقال : يقول للمستفتى : يلزمني أن أفتيك قوله ولا يلزمني أن أكتب لك . فإن استأجره عن الكتابة جاز .

وهذا الذي ذكره ، وإن كان مكروراً فينبغي : أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجرة كتابة ذلك القدر لو لم تكن فتوى ، لئلا يكون آخذًا زيادة بسبب

(١) سورة يوسف (٢٠) .

الإفتاء . انتهى كلامه .

وما ذكره من جواز استئجار المفتي للكتابة قد ذكره الرافعي بعد هذا في الباب الثاني قبيل الأدب السادس المعقود للمساعدة وأشعر كلامه بحكاية خلاف فيه ، فإنه حكى وجهين في القاضي وصحح الجواز ، ثم قال : وكذا استئجار المفتي ليكتب الفتوى .

وقوله : واحتال الشيخ ، هو بالحاء المهملة وباللام في آخره .

قوله : قال الصimirي والخطيب وغيرهما : لو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا للمفتي رزقاً من أموالهم ليتفرغ لفتاويهم جاز . انتهى .

وما ذكره من « زوائده » قد ذكره الرافعي في الباب الذي يلي هذا الباب في الأدب الثالث المعقود لترتيب الكتاب المذكرين والمترجمين في الكلام على رزق القاضي ، ونقله عن الصimirي كما نقله النووي ، وحذفه النووي من هناك لكونه وقع بطريقة التبعية فلزم خلو كلام الرافعي عنه .

قوله : فإذا كان أحد القولين منصوصاً للشافعي والآخر مُخرجاً ، فالممنصوص هو الراجح المعمول به غالباً ، كما إذا رجح الشافعي أحد القولين بل هو أولى . انتهى .

واعلم أن كلام النووي هذا ظاهر في ترجيح أحد القولين على الآخر بكونه منصوصاً والآخر مخرجاً ، وهذا إنما حكاه في « شرح المذهب » احتمالاً لنفسه بعد أن نقل أنه لا مدخل لذلك في الترجيح .

واعلم أن الشافعي إذا نص في مسألة على قولين ثم أجباب في موضع آخر بأحد القولين فهل يكون ذلك اختياراً منه لذلك القول ؟ قال : أبو علي الطبرى وغيره : نعم ، وقال قائلون : لا ، إذ ليس من شرط القولين أن يذكرا في جميع الموضع ، كذا ذكره الرافعي قبل كتاب الديات بنحو خمسة أوراق وحذفه من « الروضة » .

قوله : واعلم أن نقل العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبة ، ووجوه المتقدمين أيةقн وأثبت من نقل الخراسانيين . انتهى .

وقد سبق الكلام على طائف أصحابنا ، وما ينبغي استحضاره في ذلك أن « الرافعي » قبل كتاب المسابقة بنحو ورقة وهو آخر الأطعمة قد عبر في مسألة بقوله : وهو الذي أورده « العراقيون » و « الطبريون » من أصحابنا هذه عبارته وتبعه عليه في « الروضة » .

قوله : واعلم أنه متى كان في المسألة قولان قديم وجديد فالعمل على الجديد ، إلا في نحو عشرين أو ثلاثين مسألة أوضحتها في « شرح المذهب » . انتهى .

واعلم أن كلامه هذا موقوف على مقدمة في بيان القديم والجديد وما يتعلّق به ، وها أنا ذاكرها ملخصة ثم أعود إلى ما أشار إليه من عد الصور وإلى ذكر ما يتعلّق بها .

فنقول : القديم : هو ما صنفه الشافعي بالعراق ويسمى كتاب « الحجة » ، ورواته كما قال الروياني أربعة : أحمد بن حنبل ، والزعراني ، وأبو ثور والكريسي .

وأما الجديد : فهو ما صنفه في مصر أو أفتى به ، ورواته سبعة : المزني ، والبوطي ، والربيع المرادي ، والربيع الجيزي ، وحرملة ، ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، وعبد الله بن الزبير المكي .

وبعض هؤلاء أشد صحبة له من بعض ، وذكر الإمام في كتاب الخلع أن « الأم » من الكتب القديمية .

قال ابن الرفعة : ولم أظفر بذلك في غيره .

قلت : وقد ظفرت بما قاله الإمام للخوارزمي في مقدمة كتابه « الكافي »

فإنه قال : وأما «الأم» و«الإملاء» فصنفهما الشافعي بمكة بعد أن فارق بغداد في المرة الأولى وقبل رجوعه إليها في المرة الثانية ، ثم رجع بعد تصنيفهما إلى بغداد فأقام شهراً ثم خرج إلى مصر فصنف بها كتبه الجديدة . هذا لفظه وهو صريح في ما قلناه إلا أن المعروف خلافه ، قال في «الاستقصاء» : روى المزني أنها بمصر .

ومنها : «الأمالي» ، صنفها - رحمه الله - بمصر ، كذا رأيته في أول تعليق الشيخ أبي حامد .

ومنها : «الإملاء» صرخ جماعات منهم الرافعى في موضع كثيرة من شرحه بأنه من الجديد وفيه ما قدمناه من كلام الخوارزمي ، وهو غير «الأمالي» كما قاله في «تهذيب الأسماء واللغات» ، وقد ذكرت في مقدمة الكتاب بقية كتبه وأمعنت الكلام عليها فراجعه .

وما ذكرته هناك أن «الأم» رواية «البويطي» وترتيب الريبع المرادي إلا أنه زاد فيها أشياء مميزة فتفطن له .

إذا تقرر هذا فما قاله في كتابه القديم أو أفتى به هناك ونحوه تارة ينص في الجديد على خلافه ، وتارة لا يتعرض له .

فإن لم يتعرض له في الجديد بنفي ولا إثبات بل ذكر المسألة في القديم ونص على حكمها وسكت عنها في الجديد كما نقل في مسائل :

منها : استحباب الغسل للحجامة ، وللخروج من الحمام فإن الفتوى تكون عليه ويكون مذهب الشافعى ، كذا ذكره في أول «شرح المذهب» ، وفيه نظر : فإن ظاهر كلام الشافعى الرجوع عن كل ما قاله في القديم إلا أن ينص على وفاته في «الجديد» ، فإنه غسل تلك الكتب ثم قال : ليس في حلٍ من روى عني القديم ، كذا ذكره الشيخ تاج الدين الكندي المعروف

بالفركاح في كراسة صنفها في الرد على من زعم أنه يفتى على القديم في مسائل .

وإن تعرض له في الجديد فإما أن يكون على وفق القديم أو على خلافه .

فإن كان على وفقه فالحكم المعمول به لا يختلف ، لكنه منسوب إلى الجديد فقط أم إليهما ؟ ظاهر كلام الأصحاب قاطبة أن ذلك منسوب إليهما حتى يقال : لم يزل رأي الشافعي على ذلك قدّيماً وجديداً ، وفيه بحث مستنده ما تقدم .

وإن نص على خلافه فتارة يشير إلى الرجوع عن السابق وتارة لا يشير .

فإن أشار للرجوع عنه فلا يعمل بالقديم ، وليس من مذهب الشافعي في شيء بل نسبته له كنسبة أقوال الغير ، كما قال في مسألة صوم المتمتع أيام التشريق .

وقد قال قوم : بصوم المتمتع أيام التشريق ، وقد كنت أراه ، وكذا ما ذكره في القديم من أن مسح الخف لا يتأتى ، فإن الشيخ أبا حامد حكى في « التعليق » عن الزعفراني : أن الشافعي رجع عنه قبل خروجه إلى مصر فلم تصر المسألة على قولين .

وإن نص على خلافه في الجديد ولم يصرح بالرجوع عن القديم ففيه خلاف للأصحاب حكاه الإمام في باب العاقلة ، والفوراني في كتابه المسمى « بالعمد » في باب اختلاف نية الإمام والمأمور ، وكذا الرافعي في « الشرح الكبير » ، والراجح عند الإمام : أنه رجوع .

قال في باب العاقلة : وقد ذكرت مراراً أنه لا يحل عد القول القديم من مذهب الشافعي مع رجوعه عنه ، وقد حكى القاضي والصيدلاني في ذلك

خلافاً للأصحاب .

وبالجملة فمن قال شيئاً ثم قال بخلافه فلا وجه لقلده إلا [العمل]^(١) بالتأخر . انتهى .

وذكر أيضاً عند الكلام على سبق الحديث : أن الشافعي إذا نص في القديم على شيء وجزم بخلافه في الجديد فمذهب الجديد وليس القديم معدوداً من المذهب .

لكن أئمة المذهب يعتادون توجيه الأقوال القديمة ، واختار النموذج في « شرح المذهب » ما رأاه الإمام ونسب خلافه إلى الغلط ، والذي اختاره هو الظاهر ، وإن كان الأول ظاهر كلام الشيخ أبي حامد والبنديجي وابن الصباغ وغيرهم حيث ذكروا القول المتقدم قريباً من عدم تأكيد المسح ، وادعوا أن المسألة ليست على قولين لأن الشافعي رجع عنه قبل خروجه إلى مصر فدل على أن القولين إذا لم يصرح بالرجوع عنه يكون له الآن في تلك المسألة قولان .

وإنما رجحنا الأول لأمور :

منها : أن المقلد مع المجتهد كالمجتهد مع الرسول ، فكما أن الحادث من أدلة الشرع ناسخ للمتقدم منها إجماعاً يجب على المجتهد أن يأخذ به كذلك المقلد مع المجتهد . فإن المجتهد مأموم في حق نفسه بما أدى إليه اجتهاده آخرًا وهو المنسوب إليه ، فمن قلده كذلك ، وأيضاً فإن نصه في الجديد على خلاف نصه في القديم لا جائز أن يكون إلا كدليل ، وذلك الدليل لا جائز أن يكون مساوياً لدليل القديم وإلا لم يثبت القول ، بل كان يتوقف كما توقف في كثير من المسائل فقال : ولا يتبيّن إلى أن أوجب كذا أو أقول كذا ، ولا مرجوحًا أيضاً فتعين رجحانه في نظيره على دليل القديم .

(١) سقط من ب .

ومذهب المجتهد إنما هو الراجح في نظره دون المرجوح .

وأما المسائل التي عدوها وجعلوها مما يفتى فيه على القديم سببه أن جماعة من المتنسبين لمذهب الشافعي بلغوا رتبة الاجتهاد في مذهبه وربما جاوزها بعضهم إلى التحرير في أقوال العلماء فلاح لهم في بعض المسائل أن القديم أظهر دليلاً من الجديد فأفتووا به بناء على ظهور الدليل غير ناسين ذلك إلى الشافعي .

وكذلك القول المخرج حكمه حكم القول القديم ، فمن بلغ رتبة التخريج ولاح له الدليل أفتى بالقديم والمخرج ، ومن لم يبلغ هذه الأهلية فلا وجه لعمله ولا لفتواه بشيء منها ، كذا ذكره جماعة منهم النووي في أوائل «شرح المذهب» على أن المسائل التي عددها لا يسلم أن الإفتاء فيها على القديم لأمرين :

أحدهما : أن الأكثرين خالفوا في معظمها فأفتوا فيها بالقول المشهور بالجديد .

والثاني : أن أكثرها فيها قول جديد موافق للقديم فتكون الفتوى على الجديد لا على القديم .

إذا علمت ذلك فقد آن لنا أن نسرد تلك المسائل التي أشار إليها وذكرنا هذا الفصل بسببيها .

فنقول : الذي ذكره - رحمه الله - في «شرح المذهب» ثمانية عشرة مسألة أخذها من ابن الصلاح إلا مسألة واحدة ، منها ثلاثة اقتصر عليها الإمام .

إحداها : عدم [وجوب] ^(١) التباعد في الماء الكثير بقدر قلتين .

الثانية : استحباب التشويب في الأذان للصبح .

(١) في ب : وجود .

الثالثة : لم يصرح بها الإمام في « النهاية » لكن لما وصل إلى قراءة السورة في الركعتين الأخيرتين ذكر أن العمل فيها على القديم وهو عدم القراءة ، وقال الإمام في مختصره لكتاب « النهاية » : إن الثالثة تأتي في باب زكاة التجارة ، وقال بعضهم : هي أربع عشرة مسألة ، هذه الثلاثة .

والرابعة : عدم تنفس الماء الجاري إذا لم يتغير .

الخامسة : عدم النقض بلمس المحارم .

السادسة : استحباب تعجيل العشاء ، فإنه القديم .

والسابعة : امتداد وقت المغرب إلى مغيب الشفق .

الثامنة : جواز اقتداء المنفرد في أثناء الصلاة .

التاسعة : كراهة تقليم أظفار الميت .

العاشرة : عدم اعتبار النصب في الركاز .

الحادية عشرة : جواز اشتراط التحلل من الإحرام بعدر المرض .

الثانية عشرة : تخريم أكل جلد المدبوغ .

الثالثة عشرة : وجوب الحمد بوطء المحرم بذلك اليمين .

وقال بعضهم : إنها ثمانية عشرة منها الثلاث عشرة السابقة .

والرابعة عشرة : الجهر بالتأمين للمأمور في الصلاة الجهرية .

الخامسة عشرة : استحباب الخط بين يدي المصلي عند عدم الشاخص .

السادسة عشرة : صيام الولي عن الميت الذي عليه صوم .

والسابعة عشرة : إجبار الشريك على العمارة .

الثامنة عشرة : جعل الصداق في يد الزوج مضموناً ، ضمان يد ، انتهى

ما قاله في « شرح المذهب » .

وكان قد ادعى قبل ذلك أن بعضهم عدتها أربع عشرة من غير ذكر هذه الخمس التي عدتها ، فلما شرع في العد لم يذكر إلا ثلاط عشرة وأهمل الرابعة عشرة وهي : جواز الاستئجاء بالحجر في ما جاوز المخرج ، ولم يبلغ ظاهر الإلية ، نبه عليها ابن الصلاح في « أدب الفتى » له .

والصورة التي ذكرنا أولاً أن النووي زادها هي : الجهر بالتأمين للمأموم في الصلاة الجهرية ، وقد نجز ما أردناه من الكلام على هذه المسألة ملخصاً مختصراً ، فإن كان فيه طول بالنسبة إلى قاعدتنا في هذا الكتاب فهو قليل بالنسبة إلى ما تحمله المسألة ، غير أنه مشتمل على فوائد لا توجد في غيره صالحة لأن تكون تصنيفاً مستقلاً .

قوله : ويستحب أن يكتب في أول فتواه : « الحمد لله » أو « الله الموفق » أو « حسبنا الله » أو « حسيبي الله » ونحو ذلك . انتهى .

قال النحاس كما نقله عنه في أوائل « شرح المذهب » : حسيبي الله أولى من حسبنا الله لما في الثانية من التعظيم .

قال : ويريد ما قاله أن الله سبحانه وتعالى لما أمر نبيه بالتفويض وعلمه ما يقول أمره بها فقال : ﴿فَإِنْ تَوَلُّوْا فَقُلْ حَسِبِيَ اللَّهُ﴾^(١).

وإن كان قد ورد المدح أيضاً على قول الثانية حيث قال تعالى : ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ﴾ إلى أن قال : ﴿وَقَالُوا حَسِبَنَا اللَّهُ وَنَعْمَ الْوَكِيلُ﴾^(٢) لكن الأولى أولى لأنها شرعت لتعليم ما يقال والثانية وردت على حسب ما وقع، وأيضاً ففي « البخاري »^(٣) عن ابن عباس قال : كان آخر قول إبراهيم حين ألقى في النار : حسيبي الله ونعم الوكيل .

(١) سورة التوبة (١٢٩) .

(٢) سورة آل عمران (١٧٣) .

(٣) حديث (٤٢٨٨) .

لكن ورد عن ابن عباس أيضًا بالنون فروى عنه « البخاري »^(١) أيضًا أنه قال : حسبنا الله ونعم الوكيل قالها إبراهيم حين ألقى في النار ، ومحمد ﷺ حين قيل له : إن الناس قد جمعوا لكم .

وهذه المسألة أحد المسائل السبع التي هي من « زوائد النووي » كما ذكرنا في المسألة الأولى فنفطן لذلك .

قوله : الثانية : إذا نهاد عن الاستخلاف لم يجز الاستخلاف فإن كان ما فوضه إليه لا يمكنه القيام به ، فقال القاضي أبو الطيب : هذا النهي كالعدم والأقرب أحد أمرين ، إما بطلان التولية ، وبه قال ابن القطان ، وإما اقتضاره على الممكن وترك الاستخلاف . انتهى .

والثاني : هو الصحيح ، فقد جزم به الماوردي وغيره ، وقال ابن الرفعة في « الكفاية » : إنه المشهور ، وقال في « الروضة » من « زوائده » : إنه الأرجح .

وإطلاقهم يقتضي أنه لا فرق في تعاطي الممكن بين أن يكون إمكانه مقارنًا للتولية أو طرئًا عليها .

قوله : وجميع ما ذكرناه في الاستخلاف العام ، أما الخاص كتحليف وسماع بينة فقضية إطلاق الأكثرين جعله على الخلاف ، وعن القفال : القطع بجوازه ، لأن القاضي لا يستغني عنه فيجري مجرى التوكيل . انتهى .

وما ذكره هنا من إلحاق التفويض الخاص بالعام قد ذكر ما يخالفه في الكلام على العزل ، لأنه حكم الخلاف في انعزال الخلفاء بموت القاضي وانعزاله ، وجزم بانعزال الخليفة في شيء خاص ، ولو لاه شيئاً خاصاً كترويج اليتامى والنظر في أمرهم فليس له أن يستتب ، ذكره شريح الروياني في « أدب القضاء » له .

قوله : فإن اتفق نصب قاضين ولم يشترط اجتماعهما ولا استقلالهما فقال صاحب «التقريب» : يحمل على إثبات الاستقلال تنزيلاً للمطلق على ما يجوز ، وقال غيره : التولية باطلة حتى يصرح بالاستقلال . انتهى .

قال في «الروضة» : قول صاحب «التقريب» [أصح^(١)] وبه قطع الرافعي في «المحرر» والله أعلم .

وما ذكره من قطع «المحرر» غلط ، بل حكى وجهين وعبر بقوله : أصح الوجهين ، ويحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة في الوصية يأتي الكلام عليها في أول الفصل المعقود للعزل .

قوله : وإذا تنازع الخصمان في اختيار القاضيين ، فقد أطلق الغزالى أنه يقرع ، وقال الماوردي : يجحاب الطالب دون المطلوب . انتهى .

جزم الروياني في «البحر» بما قاله الماوردي .

قوله : ويم يلزم حكم المحكم ؟ فيه قولان ، ويقال : وجهان : أحدهما : بتراضيهما بعد الحكم ، لأن رضاهما معتبر في الحكم فكذلك في لزومه ، وهذاأشبه بما قيل في قسمة من تراضى الشريكان بقسمته على ما سيأتي .

وأصحهما : على ما ذكر القاضي الروياني : أنه يلزم بنفسه . انتهى .

والصحيح ما قاله الروياني ، فقد قال الرافعي في «المحرر» : إنه الأظهر ، وكذلك النووي في أصل «الروضة» .

قوله : وإذا ولى من لم يعرف حاله لم تنعقد التولية وإن عرف من بعد أنه بصفات القضاء . انتهى .

وما ذكره من عدم الصحة قد اشتهر على الألسنة قديماً إشكاله ، وذلك

(١) سقط من أ .

لأنه قد تبين اجتماع الشروط حالة الولاية وليس هو مما تعتبر فيه النية حتى يقال : إنه أقدم عليه متربداً ، فلا يصح كما لو اقتدى بختى ثم تبين أنه رجل ، بل هذا نظير البيع والإجارة والنكاح وغيرها من العقود المستجمعة للشروط في نفس الأمر لا في ظن العاقد ، وقد أجابوا في جميعها بالصحة كما صرحوا به في الكلام على ما إذا باع مال أبيه على ظن حياته فبان ميتاً ، بل مسألتنا أولى بالصحة لظنه هناك عدم وجود الشروط ، لأن الغرض أنه ظنه لغيره ، وفي مسألتنا لم يظن شيئاً وقد صحح النووي في «الروضة» : أنه إذا عقد بشهادة ختنيين ثم بان أنهما رجلان أن العقد يصح .

قال : وليس كالاقتداء بختى وتبين أنه رجل لتردد़ه في النية ، ولم يصح الرافعي في تلك شيئاً .

فأقل مراتب هذه المسألة أن تكون على ذلك الخلاف ، والصحيح فيه الصحة .

والجواب : أن تولية الحاكم حكم بأهلية المولى ، وليس للحاكم أن يحكم إلا بعد قيام المستند حتى لو حكم ثم قامت بينة بعد ذلك على وفق الحكم لم يكن ذلك الحكم نافذاً ، وما ذكرناه من كون تصرف الحاكم حكماً فيه نزاع قدمناه مبسوطاً في أوائل النكاح في الكلام على الموضع فراجعه .

قوله : وفيه - أي : في «الأحكام السلطانية» - أن صريح التولية : ولتيك واستخلفتك ، وأن : فوضت إليك ؟ كناية ، ولا يكاد يتضح فرق بين ولتيك وفوضت إليك . انتهى ملخصاً .

وبينهما فرق ظاهر تعرض له أيضاً في «الروضة» ، وهو : أن «ولتيك» متعين لجعله قاضياً ، وأما فوضت : فيحتمل ذلك ، وتوكيله في نصب قاض .

الفصل الثاني : في العزل والانعزل

قوله : وإن كتب : إذا قرأت كتابي هذا فأنت معزول ، لم ينعزل قبل القراءة ، ثم إن قرأه بنفسه انعزل ، وكذا إن قرئ عليه في أصح الوجهين ، لأن الغرض إعلامه بصورة الحال ، ولو كان القاضي أمياً وجوزناه فكريء عليه فالانعزل أولى . انتهى .

وما ذكره من تصحيح العزل عند القراءة عليه قد سبق في نظيره من الطلاق [ما يخالفه ، وسبق ذكر لفظه هناك ، ذكر ذلك في الباب الثاني في أركان الطلاق] ^(١) في الكلام على كتب الطلاق ، وفيه أمور أخرى فراجعها ، والصواب : التسوية بين البابين وعدم الاكتفاء بها .

قوله : وفي انعزل المستخلف في القضاء بانعزل الأصل ثلاثة أوجه : ثالثها وهو الأظهر : أنه ينعزل إن لم يكن القاضي مأذونا له في الاستخلاف ، فإن كان فينظر .

إن قال : استخلف عني فاستخلف عنه لم ينعزل خليفته ، لأنه من جهة الإمام وكان الأول سفيراً في التولية .

وإن قال : استخلف عن نفسك ، أو أطلق ، فينعزل لظهور غرض المعاونة ، وبطلان المعاونة ببطلان ولايته . انتهى .

وهذا الذي ذكره في ما إذا أطلق من كونه نائباً عن الثاني حتى ينعزل بعزله قد خالفه في نظيره من الوكالة ، فإنه ذكر القسمين الأولين ثم ذكر الإطلاق ، وقال فيه : الصحيح أنه يكون نائباً عن الأول حتى لا ينعزل بعزل الثاني ، ووافقه في « الروضة » على الموضعين ، ولعل العكس أقرب .

(١) سقط من أ.

نعم قد يتقوى ما قاله هنا بما ذكره في الإيصاء وفي سؤال العتق .

فأما الإيصاء فقال فيه : ولو أطلق وقال : أوص إلى من شئت ، أو إلى فلان ، ولم يقل : أوص عنِّي ، فهل يحمل على ذلك حتى يصح على الصحيح ؟ ، أو يحمل على الوصي حتى لا يصح قطعاً ؟ فيه وجهان حكاهما البغوي وقال : أصحهما الثاني ، وما صححه البغوي من حمله على الإبطال ، ولم ينزل المطلق على ما يجوز يشكل على ما إذا نصب قاضين وأطلق ، وقد تقدم الوعد به فراجعه .

وأما العتق فإذا قال : اعتقد عبدي على ألف ، فإن قال : اعتقدت عنِّي ، صح قطعاً ، وإن قال : عن نفسك ، صح على الصحيح قياساً على الخلع ، وإن أطلق فهل هو قوله : عن نفسي ، لقرينة العوض أم قوله : عنك ؟ فيه وجهان : أشبههما في الرافعي : الثاني ، كذا ذكره في الكلام على كفارة الظهار ، وعبرَ في « الروضة » : بالأصح ، وفيه الإشكال السابق أيضاً . واعلم أن الغزالى وغيره حكوا الوجه الثالث في أصل المسألة على غير ما حكاه الرافعى ، فقالوا : إن استخلف بالإذن لم يعزل وإلا انعزل .

وحكى الماوردي وتبعه عليه في « الكفاية » وجهاً آخرأ : أنه إن كان الميت قاضي القضاة لم يعزل نوابه بموجته ولا بانعزاله ، وإن كان قاضي ناحية انعزلوا لقلة الضرر .

قوله : ولو كان الإمام قد نصب بنفسه نائباً عن القاضي في الحكم ، فعن أبي الفرج السرخسي : أنه لا يعزل بموت القاضي وانعزاله ؛ لأنه مأذون من جهة الإمام ، ويجوز أن يقال : إذا كان الإذن مقيداً بالنيابة ولم يبق الأصل لم يبق النائب .. انتهى .

وما ذكره الرافعى بحثاً ، واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في « الروضة » أيضاً ، قد حكاه الماوردي فإنه قد حكى وجهين في أنه هل

للقاضي عزل هذا الشخص الذي استتباه الإمام؟ وصرح في استنباته بأنه نائب عن القاضي في تلك الجهة، وإذا كان له عزله فينعزل بموجته بلا شك.

قوله: ولا تقبل شهادة الحاكم بعد العزل على حكمه، فلو شهد مع غيره أن حاكماً جائز الحكم حكم بكتذا، ولم يضفه إلى نفسه فوجهاً: أقربهما: القبول، ووجه المنع: أنه قد يريد نفسه، ثم يجوز أن يقال: الوجهان في ما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه، فإن علم فهو كما لو أضاف، ويجوز أن يقال: هما إذا علم، فإن لم يعلم قبل قطعاً لجواز إرادة غيره. وعلى هذا الاحتمال لو شهد المعزول أن حاكماً حكم بكتذا وشهد معه آخر أن المعزول حكم به وجب أن لا يقبل، لأنه على هذا التقدير لا يعني إلا بتصحيح الصيغة. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن الاحتمال الثاني لا يتصور [هنا]^(١) ، لأنه علل وجه المنع بأنه قد يريد نفسه ، ولو كان محلهما ما إذا علم لم يصح هذا التعليل ، لأنه تعليل [محل]^(٢) التزاع .

الأمر الثاني: أن كلام الأصحاب يدل على الاحتمال الثاني فإن الإمام علل وجه المنع بقوله: فإن الظاهر أنه يعني نفسه ، وذكر الماوردي نحوه فقال: ففي قبول شهادته وجهان: أحدهما: لا تقبل حتى يعزيه إلى غيره لجواز أن يكون هو الحاكم به .

وكذلك البغوي فإنه علل القبول بأن الظاهر أنه يريد حكم غيره .

وقد وافقه النووي على نقل الاحتمالين فقط ، ولم ينقل عن الأصحاب

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

في ذلك شيئاً لكنه صحق الأول .

واعلم أن البغوي قد ذكر في « فتاويه » ما يوافق الاحتمال الثاني وهو أن المرعي في شهادة المعزول صحة الصيغة لا غير ، فإنه يحكم في ما إذا باع رجل داراً وغصبها غاصب من المشتري فادعى هذا المشتري على الغاصب وقال : إن البائع إذا شهد مطلقاً أنها ملك هذا المشتري يقبل ، وإن علم القاضي أنه باعها لا يرد شهادته ، كمن رأى شيئاً في يد إنسان مدة يتصرف فيه تصرف الملك له أن يشهد له بالملك مطلقاً ، ولو علم القاضي أنه شهد بظاهر اليد لا ترد شهادته ، وإن كان لو صرح لا تقبل .

قوله : ليس على القاضي تتبع أحكام من قبله من القضاة اكتفاء بأن الظاهر فيها السداد ، وفي جواز تتبعها وجهان في « المذهب » ، اختيار الشيخ أبي حامد فيما الجواز . انتهى .

ذكر مثله في « الروضۃ » وقد أعاد المسألة في الباب الذي بعد هذا في أثناء الأدب العاشر ، فذكر ما حاصله : الجزم بأنه ليس له ذلك فإنه قال : إلا أنه لا يتبع قضاء غيره ، وإنما ينقضه إذا رفع إليه ، وله أن يتبع قضاء نفسه لينقضه .

فتعميره بقوله : لا يتبع ظاهره : أنه نفى الجواز ولهذا لما أخرج منه حكم نفسه عبر بالجواز فقط ، فقال : وله كذلك ، وكلام الماوردي في « الحاوي » [يقتضي أن المعروف هو المنع ، فإنه حكى الجواز عن الشيخ أبي حامد فقط ، ثم قال : [^(١) وجمهور البصريين على المنع .

قوله : ولو ادعى أن المعزول حكم عليه بشهادة عبدين ومن في معناهما ، فإن قال : أخذ مني المال أحضره لأنه غاصب ، وإن لم يدع الأخذ فالأخصحاب متفقون على أن الدعوى مسموعة في الجملة ، وعلى أن بينة

(١) سقط من أ .

المدعى محكوم بها ، وأما صاحب « الكتاب » فإنه نصب الخلاف في سمع أصل الدعوى، وقال : إنه مبني على الخلاف في أن الحكم بشهادة العبددين ومن في معناهما هل تقتضي غرماً؟ وهذا الخلاف غير معروف . انتهى كلامه.

وهذا الذى قاله الرافعى هنا من إنكار الخلاف ذكره أيضاً في « الشرح الصغير » ، وتبعه النووى في « الروضة » ، وإنكاره غريب ، فقد صرخ به القاضي والإمام في « النهاية » نقلأً عن العراقيين فقال : إذا ادعى على الأول أنه ترك الصواب في حكمه وقضى بشهادة عبددين أو معلين بالفسق فهل يقبل القاضي الجديد هذه الدعوى ؟ ذكر العراقيون فيه وجهين :

أحدهما : لا يقبلها ولا يستحضر المعزول لذلك ، وهذا ليس بشيء .

والوجه : القطع باستحضاره ، هذه عبارته .

وحكى الخلاف أيضاً الهروي في « الإشراف » ، وحكاه أيضاً ابن الرفعة في « الكفاية » و « المطلب » .

وأما الخلاف الذي ذكره الغزالى في الغُرم فأشار به إلى أن الذى يجب بخطأ الإمام هل يجب في بيت المال أم عليه ثم تحمله العاقلة ؟

قوله في المسألة : فإذا حضر وأنكر صدق ، وكيف يصدق ؟ فيه وجهان :

أحدهما : بيمين ، وهو اختيار العراقيين والرويانى كسائر الأمنان .

والثاني : بغير يمين ، وبه قال الإصطخري وصاحب « التلخيص » ، لأنه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن الخلف ، وهذا أحسن وأصح عند الشيخ أبي عاصم وصاحب « التهذيب » ، وبه قال صاحب « التقريب » والماوردي . انتهى .

وتعييره بقوله : أحسن ، يقتضي رجحان الثاني ، ولهذا اقتصر على نقل رجحانه في « الشرح الصغير » و « المحرر » فقال : فيه وجهان :

أحسنهما : بلا يمين هذه لفظه .

ولم يذكر فيها ترجيح غيره عن أحد وقد حذف النووي من « الروضة »
اللفظ الدال على الترجح وهو لفظ : الأحسن .

إذا علمت ذلك كله فقد اختلف فيه تصحيح النووي فصحح في
« المهاج » من « زوائده » : أنه لابد من اليمين ، وخالف في « الروضة »
في كتاب الدعوى والبيانات ، فقال في الباب الثالث المعقود لليمين في
المسألة الثانية من الطرف الثالث ما نصه : ولو ادعى على المعزول أنه حكم
عليه أيام قضائه ظلماً وأنكر ، فقد سبق وجهان في أنه يحلف أم يصدق بلا
يمين وهو الأصح . انتهى .

ولم يصرح الرافعي هناك بتصحيح .

الباب الثاني

في جامع آداب القضاء

وفيه فصول :

الأول : في آداب متفرقة وهي عشرة

قوله : ويستحب أن يدخل يوم الإثنين . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه إذا فاته الإثنين دخل الخميس وإلا فالسبت ، وقد ذكر صاحب « التتمة » ما ذكرناه ، ونبه عليه في « الروضة » من « زوائد » .
نعم لم يرتب في « التنبيه » بين الخميس والسبت ، فإنه عبر بقوله :
فإن فاته دخل السبت أو الخميس .

الأمر الثاني : وقد ذكره أيضاً في « التنبيه » أنه يستحب أن يكون دخوله صبيحة النهار ، ولم يذكره في « الروضة » .

نعم ذكره في تعليق له مع نظائر المسألة وبسط القول فيها فقال :
يستحب لمن كان له وظيفة من قراءة قرآن أو حديث أو تسبيح أو اعتكاف أو نحوها من العبادات أو صنعة من الصنائع أو عمل من الأعمال مطلقاً يتمكن من فعله في أول النهار أن يفعله في أوله ، وكذلك من أراد سفراً أو أنساً أمراً كعقد النكاح وغيره أو غير ذلك من الأمور ، ودليل هذه القاعدة ما ثبت في الحديث الصحيح عن صخر بن داعية - بفتح الواو - الغامدي -
بالغين المعجمة . وبالدال - أن رسول الله ﷺ قال : « اللهم بارك لأمتى في بكورها » .

قال : وكان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية أو جيشاً بعثهم أول النهار

الجزء التاسع

[وكان صخر رجلاً تاجراً ، وكان إذا بعث تجارتة بعثها أول النهار]^(١)
 فأثرى وكثير ماله ^(٢) ، رواه أبو داود والترمذى والنمسائى وابن ماجة وغيرهم
 بأسانيد مختلفة .

وقال الترمذى فيه : إنه حديث حسن .

قوله : ومنها : أن يقول : حبست ظلماً : فإن كان الخصم معه فعلى
 الخصم الجهة والقول قول المحبوس مع بيته ، وإن ذكر خصمًا غائباً
 فطريقان :

أحدهما : القطع بأنه يطلق لأن الحبس عذاب ، وانتظار الغائب يطول .
 وأظهرهما : أنه على الوجهين . انتهى .

واعلم أن الرافعى لم يتقدم له في هذا الكلام ذكر وجهين حتى يحكي
 في هذه المسألة طريقتين الثانية منها إجراء الوجهين ، ولما أشكل ذلك على
 الناظرين في هذه المسألة ، ولم يجدوا ما يعود عليه الوجهان حذف بعضهم
 أداة التعريف من الوجهين ، والموجود في « الروضة » إثباتها كما في البعض
 الآخر ، وقد انكشف الغطاء عن هذا بحمد الله تعالى ، وظهر أنه قد سقط
 من هذا الكلام مسألة علمت من « الشرح الصغير » فإنه قال فيه - أعني :
 في « الشرح الصغير » : وإن قال : حبست ظلماً ، فعلى الخصم الجهة
 والمحبوس مصدق بيته ، وإن لم يكن الخصم هناك ذكر خصمًا آخرًا

(١) سقط من ب .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٦٠٦) والترمذى (١٢١٢) وابن ماجة (٢٢٣٦) وأحمد (١٥٤٨١)
 والدارمى (٢٤٣٥) وابن حبان (٤٧٥٤) والطیالسى (١٢٤٦) والطبرانى في « الكبير »
 (٧٢٧٥) وفي « الأوسط » (٦٨٨٣) وسعيد بن منصور (٢٣٨٢) وابن أبي شيبة (٦
 / ٥٣٤) والبيهقى في « الكبير » (١٨٢٣٧) وابن الجعفر (١٦٩٦) والقضاعى في « مسند
 الشهاب » (١٤٩٣) وابن أبي عاصم في « الأحاديث والشانى » (٢٤٠٢) من حديث
 صخر رضي الله عنه .

حاضرًا في البلد فأحد الوجهين: أنه يطلق ، لأن الأصل أن لا شيء عليه . وأظهرهما : أنه يحضر أولاً ، فإن الظاهر أنه حبس بالحق ، فإن ذكر خصماً غائباً ، ففي طريق يطلق لأن الحبس عذاب وانتظار الغائب يطول وأظهرهما : أن فيه وجهين . هذا لفظه بحروفه .

فأسقط الناقلون من مسودة « الكبير » من لفظ الغائب إلى الغائب ، ولم يتضمن في « الروضة » لذلك فتابعه عليه كما ذكرناه ، وهذا الساقط ذكره أيضًا في « الوجيز » ، وقد وقع للرافعي أمثال ذلك في ما سبق .

قوله : وقول « الوجيز » فيطلق كل من حبس بظلم . كان المراد منه إذا اعترف الخصم بأنه ظلمه أو كان القاضي عالماً ، وقلنا : إنه يقضى بعلمه ، فاما إذا قال المحبوس : أنا مظلوم ، فهو مذكور من بعد . انتهى كلامه .

وتخريجه الإطلاق من الحبس عند علم القاضي بالظلم على القضاء بالعلم باطل ، فإنه قد ذكر بعد هذا أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه بالإجماع ، ولو رده إلى الحبس حتى يؤدي الحق المدعى به لكان قاضياً بخلاف ما يعلمه ، وسيأتي في الكلام على القضاء بالعلم أمثلة كثيرة مما نحن فيه نفى عنها الخلاف ، ولم يتعرض في « الروضة » لهذا الكلام الذي ذكره الرافعي وكأنه اعتقاد صحته فتركه لأندراجه في الخلاف الآتي في القضاء بالعلم .

قوله : وذكر فيه وفي « الوسيط » أيضًا إطلاق من حبس في تعزير وسكتت معظم الكتب عنه ، ولعل وجه ما ذكره أن التعزير يتعلق بنظر المحاكم الذي بانت عنده الجناية ، ولا يدرى أن المحاكم المصروف هل كان يدين حبسه لو لم يصرف ؟ ، لكن لو ثبتت جنائيته عند الشاني ورأى إدامة حبسه فالقياس : الجواز . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » أيضًا ، وذكر نحوه في « الشرح الصغير »

وهو يقتضي عدم وقوفه على نقل في المسألة ، وأن الغزالى منفرد بالتصريح بها وليس كذلك ، فقد صرَّح بها الماوردي في «الحاوى» وكذلك الرويانى في «البحر» وجزماً بعكس البحث الذى ذكره الرافعى فقال بإطلاقه ، وعللاه بأن التعزير قد استوفى بعزل الأول وإن لم يستكمل مدة حبسه مع بقاء نظر الأول ، لأن القاضى الثانى لا يعزز لذنب كان مع غيره ، ورأيته أيضاً مجزوئاً به في «المحيط شرح الوسيط» للإمام محمد بن يحيى ، ثم نص الماوردى والرويانى على أن القاضى لا يطلقه بل يوكِل به حتى يتأنى عليه ثلثاً ويحلقه أيضاً أنه ما حبس بحق خصم ، كما قاله ابن أبي الدم ، وقال ابن عصرون : عندي أنه لا يحتاج إلى النداء الثانى .

قوله : وإذا أطلق من ادعى الظلم لغيبة خصمـه فحضر فعليه إثبات الحق الذى يدعىـه بـيـنة تـقـوم عـلـى نفسـالـحق ، أو عـلـى أنـالـقـاضـى المـصـرـوفـ حـكـمـ عليهـ بـذـلـكـ .

وفي «أمالى أبي الفرج» : أنه يكفى لاستدامة الحبس قيام البينة على أن القاضى المـصـرـوفـ حـبـسـه بـحـقـ هذاـ المـدـعـىـ وإنـ لمـ يـبـيـنـ جـنـسـ الدـيـنـ وـقـدـرـهـ . انتهى كلامـهـ .

وهذه المسألة بما فيها من الخلاف قد أسقطها النووي من «الروضة» ، وسبب إسقاطه لها وقوعها في الكلام على ألفاظ «الوجيز» .
قوله : حتى لا يخدع من غرة أو بمال .

الغرة : بكسر الغين وتشديد الراء تطلق على الغفلة ، والغار : الغافل ويطلق أيضاً على عدم تجربـ الأمـورـ ، تـقـولـ : رـجـلـ غـرـةـ غـرـيرـ وـجـارـيةـ غـرـةـ وـغـرـيرـةـ وـغـرـةـ وـغـرـةـ أيضاً .

قوله في «الروضة» : لا يجوز عقد الإجارة على القضاء ، وفي «فتاوي» القاضى الحسين وجـهـ : أنه يـجـوزـ . انتهى .

هذا الكلام مقتضاه أن القاضي نقل في «فتاويه» عن غيره وجهاً أنه يجوز وليس كذلك ، فقد قال الرافعي : وفي «فتاوي» القاضي الحسين إلحاده بالأذان حتى تتجاوز الإجارة عليه على رأي . هذا لفظه ، وهو كذلك في «الفتاوى» المذكورة .

قوله : ولو رَزَقَ الْإِمَامُ الْقاضِي مِنْ مَالِ نَفْسِهِ أَوْ رَزَقَهُ أَهْلَ وَلَايَتِهِ أَوْ وَاحِدًا مِنْهُمْ ، فَالَّذِي خَرَجَهُ صَاحِبُ «التلخیص» : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ قَبُولُهُ ، لَكِنْ ذَكَرْنَا فِي بَابِ الْأَذَانِ : أَنَّهُ كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَزَقُ الْمُؤْذِنِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ مَالِ الْإِمَامِ أَوْ وَاحِدًا مِنْ الرَّعْيَةِ ، وَذَكَرَ الصَّيْمَرِيُّ فِي الْمَفْتَىِ : أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَرْزُقَهُ أَهْلَ الْبَلْدِ ، وَيُكَنُ أَنْ يَفْرُقَ بِأَنَّ ذَلِكَ مَا لَا يُورِثُ تَهْمَةً وَمِيلًا فِي حَقِّ الْمُؤْذِنِ لِأَنَّ عَمَلَهُ لَا يَخْتَلِفُ ، فَالْقَاضِيُّ أَجَدَرُ بِالْحِفَاظِ مِنَ الْمَفْتَىِ . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضى هذا الكلام إقرار صاحب «التلخیص» على ما قاله من المنع ، لأنه شرع يقيسه على ما يقتضي الجواز ، ثم إنه فرق بينهما فبطل القياس بالتفرقة وبقي النقل سالماً عن المعارض ، ولكن قد أعاد الرافعي المسألة في الكلام على الرشوة وهو بعد هذا بقليل ، ورجح الجواز ، فإنه ذكر : أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْقَاضِي إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ رَزَقٌ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أَنْ يَقُولَ لِلْخَصَمِينِ : لَا أَقْضِي بَيْنَكُمَا حَتَّى تَجْعَلَا لِي رَزْقًا .

ثم ذكر مسألتنا هذه ، وهي ما إذا رزقه أهل ولایته ونحوهم ، وقال فيها ما نصه : ويشبهه أن يجوز ذلك إذا جاز الأخذ من الخصميين . هذا لفظه .

وأسقطه من «الروضة» هناك ، وأبقى الكلام المذكور هنا على حاله .
الأمر الثاني: أن ما قاله الصيمرى قد تقدم الكلام عليه في أثناء «الزيادات»

التي ذكرها النووي .

قوله : ويرزق المترجم من بيت المال في أقرب الوجهين ، فإن قلنا : لا ، فمؤنة من يترجم للمدعي عليه على المدعي عليه ، والسمع كالمترجم ففي مؤنته هذان الوجهان ، وهذه هي مسألة « الكتاب ». انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً ، ولنقدم على الكلام في هذه المسألة ما هو مذكور في أصول كلام الرافعي من تعرض للمسألة ، فنقول : قال الإمام : فرع : حق على القاضي أن يرتب المزكي والمترجم والسمع إن كان بأذنه وقر ، وفي مؤنة هؤلاء وجهان :

أحدهما : أنها على طالب الحق ، فإن قيامهم يتعلق بحقه ، فعلى هذا يجب على كل واحد مقدارأجرة المثل في ما يتعلق بحقه وخصومته ، هذا كلامه .

وذكر الغزالى في « البسيط » مثله أيضاً [وكذا في « الوسيط »]^(١) ، إلا أنه مَثَّل بالسمع خاصة فقال : إذا طلب المسمع أجرة هل هي على صاحب الحق أو بيت المال ؟ على وجهين . انتهى .

قال الإمام : ويجب اعتقاد التسوية بين المترجم والسمع ، فإن المسمع ينقل اللفظ ، والمترجم ينقل معناه ، وقال في « الوجيز » : فإن طلب المسمع أجرة فهل تجب في مال صاحب الحق ؟ فيه وجهان .

إذا علمت ذلك ففي كلام الرافعى أمور :

أحدها : أن هذا التعبير الذى نقلناه عنه فى من تجب عليه الأجرة إذا لم نوجبه فى بيت المال ، وفي معناه إذا تعذر الأخذ منه - أعني بزيادة الجار والمحروم مع لفظ المدعي المذكور أولاً - هو الموجود في الأصول المعتمدة من

(١) سقط من أ .

نسخ الرافعي ، وتبعد عليه في «الروضة» أيضًا فاعلمه فإنه كثيراً ما يحرف ، ومدلوله أن الذي يشرح كلام المدعى للمدعى عليه تكون مؤنته على المدعى عليه ، وقد تقرر مما قدمناه من النقول أن الحكم في المسألة ليس كذلك .

الأمر الثاني : أن هذا الذي يحاوله مع كونه مخالفًا للمنقول ناقص ، فإنه ليس فيه استيفاء للمسألة ، فإنه لم يتعرض للعكس وهو الذي يشرح كلام المدعى عليه للمدعى ، وبسبب ذلك حصل في نسخ الرافعي اضطراب وقد اتضح الحال [وظهر أنه حصل فيها سقط علم من «الشرح الصغير» فإنه عبر بقوله :] ^(١) وعلى هذا الرأي - أي عدم الوجوب على بيت المال - فمؤنة ما يترجم للمدعى على المدعى ومؤنة ما يترجم للمدعى عليه على المدعى عليه . هذه عبارته .

والحاصل منها إيجابها على المنقول له الكلام لا على المنقول عنه ، ولهذا عبر بعلى ولم يعبر بعن .

الأمر الثالث : أنه قد ظهر لك بما قلناه عن كتب الغزالى أن المسمع والترجم [ونحوهما] ^(٢) تجب أجرتهم على طالب الحق في وجه ، وفي بيت المال على وجه آخر ، والوجه الأول لم يذكره الرافعي بل ذكر عوضه ما وقع فيه التحرير والتصحيف كما سبق إيضاحه .

وحيشد فيكون هذا الوجه قد أسقطه الرافعي مع كونه هو الصحيح في الحقيقة ومع ثبوته أيضًا في الكتاب الذي هو يشرح فيه وهو «الوجيز» ، فله الحمد على تيسير أمثال هذه الأمور وإلهام الصواب إليها .

وقد وقع [أيضًا هنا] ^(٣) في «كفاية» ابن الرفعة ، من الغلط ما وقع

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

في «الرافعي» و«الروضة» ، بل هو أشد مما وقع فيهما وقد أوضحته في «الهداية» والله هو الهدى والمعين .

قوله : فرع : قال القاضي ابن كج : ذكر جماعة من فقهاء أصحاب الشافعى وأبى حنيفة رضي الله عنهما أنه إذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال فله أن يأخذ عشر ما يتولاه من أموال [الิตامى] ^(١) والوقوف للضرورة ، ثم بالغ في الإنكار عليه ، وقال : إنه لا ضرورة في هذا إن لم يتبرع بالقضاء من غير رزق فليمتنع منه ، ومن ذهب إليه فكأنه ذكر العشر تمثيلاً وتقريراً ولا بد من النظر إلى كفايته وإلى قدر المال والعمل . انتهى كلامه .

وهذا الفرع أسقطه من «الروضة» .

قوله : وعن الصيدلاني حكاية وجهين في كراهة اتخاذ الحاجب والباب ، والمفهوم من كلام أكثرهم أنه إن جلس للقضاء ولا زحمة فيكره اتخاذ الحاجب في أظهر الوجهين ، ولا كراهة فيه في أوقات خلوته في أظهرهما . انتهى .

أهمل هو والنوي الجواب عن حكم داخل في التقسيم وهو إذا ما جلس للقضاء وكانت هناك زحمة وقد ذكره الإمام فقال : إن رأى المصلحة في اتخاذه [اتخذه] ^(٢) ، وإن رآها في الترك ترك .

واعلم أن الإمام نقل عن الصيدلاني وعن غيره في أول المسألة خلافاً [ثم اختار] ^(٣) شيئاً ، ويتلخص من مجموع ما حکاه وما اختاره أربعة أوجه : أحدها : أنه لا يتخذ الحاجب مطلقاً .

والثاني : يتخذه مطلقاً .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

والثالث : إن جلس للقضاء لم يتخذه ، وإن لم يجلس له فله أن يتخذه .

والرابع : اختاره الإمام فقال : إن جلس للقضاء وكثرت الزحمة اتبع المصلحة ، وإن خلا بنفسه فلا بأس باتخاذه [وذكر في الحاوي وجهاً خامساً : وهو أنه يكره اتخاذه] ^(١) في زمن استقامة الخلق ، فأما زمن الهرج واستطالة السفهاء فيستحب اتخاذه ، وذكر - أعني : الماوردي - أيضاً أنه إنما يكره الحاجب إذا كان وصول الخصم إليه موقعاً على إذنه ، فأما من وظيفته ترتيب الخصوم والأعلم بمنازل الناس فلا بأس باتخاذه .

ولم يتكلم الرافعي - رحمه الله - لأوصاف الحاجب ، وقد ذكره الشيخ في « التنبية » فقال : فإن احتاج اتخاذ حاجباً عاقلاً أميناً بعيداً من الطمع ، ويأمره أن لا يقدم خصماً [على خصم] ^(٢) ولا يخص في الإذن قوماً دون قوم ، ولا يقدم أخيراً على أول .

وذكر ابن خيران في « اللطيف » : أنه يستحب أن يكون كهلاً ستيراً - أي كثير الستر - [على الناس] ^(٣) ، وقال الماوردي : يشترط فيه العدالة والفقه والأمانة ، ويستحب أن يكون حسن المنظر جميل المخبر عارفاً بمقادير الناس بعيداً عن الهوى والعصبية معتدل الأخلاق .

قوله : المسألة الثانية : إذا ادعى حقاً على إنسان عند القاضي فأقر به المدعى عليه أو نكل وحلف المدعى اليمين المردودة ، ثم سأله المدعى ، القاضي أن يشهد على أنه أقر عنده أو على أنه نكل وحلف المدعى فعلى القاضي إجابته ، لأنه قد ينكر من بعد فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إن قلنا: لا يقضي بعلمه ، وإن قلنا : يقضي بعلمه ، فربما ينسى أو يعزل فلا يقبل ما يقوله . انتهى كلامه .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وما ذكره من حكاية القولين [في القضاء]^(١) بالعلم على من أقر في مجلس القاضي قد ناقضه بعد هذا في الكلام على القضاء بالعلم فجزم بأنهما لا يجريان ، وأن محل جريانهما في الإقرار أن يكون وقع عند القاضي سراً ، والمذكور هنا هو الصواب لما ستر عليه في موضعه إن شاء الله تعالى ، وذكر في « الشرح الصغير » و « الروضة » كما ذكره هاهنا .

قوله : وإن طلب صاحب الحق أن يحكم له بما ثبت لزمه أن يحكم فيقول : حكمت له به ، أو أنفذت الحكم به ، أو ألزمت صاحبه الحق . انتهى .

وهذا الكلام يوهم أن الحكم عبارة عن هذا القول ، والذي ذكره الشيخ عز الدين ابن عبد السلام أنه عبارة عن الإلزام النفسي ، وهذا دليل عليه حتى إذا حكم في نفسه في واقعة مختلف فيها فنقضها حاكم آخر قبل إخبار الأول لم يتأثر بالنقض .

قوله : فإن كثرت المحاضر والسبقات جعلها في إضمار . انتهى .

الإضمار : بهمزة مكسورة وضاد معجمة ساكنة بعدها باء موحدة وبالراء المهملة هي : الربطة من الورق ويعبر عنها بالزمرة وبالحزمة أيضاً . تقول : ضبرت الكتب أضبرها بالكسر - ضبراً - بالسكون - إذا ضمت بعضها إلى بعض ، وجعلتها ربوة واحدة .

ويسمى أيضاً كل شيء مجتمع ضيارة بكسر الضاد ، وجمعه : ضباء ومنه حديث « مسلم » : « فيخرجون من النار ضباء ، ضباء »^(٢) . أي : جماعة جماعة .

قوله في « الروضة » : نقل الهروي أن القاضي إذا لم يكن له رزق من

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه مسلم (١٨٥) من حديث أبي سعيد خاتمة .

بيت المال وهو محتاج ولم يتعين عليه القضاء فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله ، وإن تعين قال أصحابنا : لا يجوز الأخذ ، وجوزه صاحب «التقريب ». انتهى كلامه .

وما نقله هنا عن الأصحاب من أنه يمتنع على المحتاج الذي لا رزق له أن يأخذ من الخصم ، نقله الرافعي قبل هذا بنحو ورقتين ولم يصرح به هنا ، فنقله النووي إلى هذا الموضع وامتناعه مشكل لجواز أخذه من بيت المال ، والحالة هذه فإنه يجوز كما ذكره الرافعي قبل ذلك ، فأي فرق بينهما مع اشتراكهما في الحاجة والتعمين ؟ ولما ذكره الرافعي قبل هذا قال : إنه فرع غريب ومشكل . فنقله إلى هنا بدون هذا الكلام ، وما أشرنا إليه هو وجه إشكاله .

قوله في « الروضة » : وأما الهدية فالأولى أن يسد ببابها ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال حرم قبول هديته في محل ولايته وهديته في غير ولايته كهدية من عادته أن يهدي لها قبل الولاية لقرابة أو صداقة ولا يحرم قبولها على الصحيح ، فإن زاد المهدي على القدر المعهود صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية . انتهى كلامه .

وما ذكره - رحمه الله - في هذا الفصل غلط مخالف لكلام الرافعي من وجوه ، فإن الرافعي قد قال : ثم ينظر ، فإن كان للمهدي خصومة في الحال حرم قبول هديته ، وإن لم يكن له خصومة فإن لم تعهد منه الهدية قبل تولي القضاء حرم قبول هديته في محل ولايته على المشهور خلافاً للغزالى وهديته في غير محل ولايته كهدية من عهد منه الهدية قبل تولي القضاء لقرابة أو صداقة ولا يحرم قبولها ؛ وقيل يحرم فإن زاد المهدي على القدر المعهود صارت هديته كهدية من لم تعهد منه الهدية . انتهى موضع الحاجة من كلامه .

ولنعد إلى بيان المخالفات فنقول :

أحدها : أن كلامه قد اشتمل على تصحيح جواز القبول من له خصومة إذا حصل الإهداء في غير محل الولاية ، وكلام الرافعي يقتضي الجزم بالتحريم ، والوجهان المذكوران إنما حكاهما في من لا مخاصمة له .

ثانيها : أن كلامه ساكت عن من لا مخاصمة له إذا أهدي في غير محل ولايته ، فلا يعلم منه هل يجوز جزماً أم يتخرج على الوجهين اللذين ذكرهما في من له مخاصمة ؟ والرافعي قد ذكر المسألة وحكي فيها وجهين كما سبق ذكره .

ثالثها : أن تصحيح الجواز لمن عهد منه الهدية ، قد فرضه في من لم تكن له خصومة فإن كانت في حرم القبول جزماً ، وانعكس عليه في « الروضة » فجعله في من له خصومة .

رابعها : أنه أسقط من كلام الرافعي التفريع على من ليست له عادة بالهدية ، وقد علم حكمه مما نقلناه عنه - أي : عن الرافعي - وخاصة المنع في محل ولايته دون غيرها .

قوله أيضاً في « الروضة » : وحيث قلنا بتحريم قبول الهدية فقبلها لم يلکها على الأصح ، فعلى هذا لو أخذها قيل : يضعها في بيت المال ، والصحيح : أنه يردها على مالكها ، وإن لم يعرفه جعلها في بيت المال . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الخلاف المذكور في أنه هل يضعها في بيت المال أو يردها على المالك ؟ لم يجزم الرافعي بأنه وجهان كما جزم به المصنف ، بل قال : وذكر العراقيون تفريعاً على أنه لا يجوز القبول وجهين أو قولين في ما يصنع بها لو قبل .

أحدهما : أنه يضعها في بيت المال .

والثاني : يردها على مالكها ، وهذا فيه اضطراب .

والقياس ما حکاه أبو الفرج الزاز وهو أنه إذا لم يملک فيردها على مالكها ، فإن لم يعرفه فيضعها في بيت المال . هذا لفظه .

الأمر الثاني : أن النووي قد فرع هذا الخلاف على عدم الملك ، والرافعي لم يخصه بذلك بل فرعه على عدم جواز القبول فيدخل فيه القائل بالملك وبعدمه وقد أوقفتك على عبارته .

الأمر الثالث : أن من جملة الصور التي تذكر الرافعي فيها أنه لا يملک وأنه يردها على مالكها ما إذا كانت له عادة فزاد في مقدارها ، والقياس اختصاص ذلك بما زاد ، وتخریج الباقي على تفريق الصفقة ، وحينئذ فتصیر الهدية مشتركة على الصحيح ، فإن زاد في المعنی كما إذا كانت عادته إهداء ثياب القطن أو الكتان فأهدي ثياب الحرير ونحو ذلك ، فقد قالوا يمتنع أيضاً .

لكن هل تبطل في الجميع أم تصح منها بمقدار قيمة العادة ؟ فيه نظر والأوجه الأول .

قوله : ومن يثبت أنه شهد بالزور عزره القاضي بما يراه .

ثم قال : وإنما ثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد أو بيقين القاضي بأن شهد أن فلاناً زنى يوم كذا بالكوفة والقاضي قد رأه في ذلك اليوم ببغداد ، هكذا أطلقه الشافعی خواص والأصحاب ولم يخرجوه على أن القاضي هل يحكم بعلمه ؟ انتهى كلامه .

ولنقدم على المقصود أمرین :

أحدهما : أن القاضي قد ذكر بعد هذا أن القاضي لا يقضى بخلاف علمه بالإجماع ، وأنه لا يقضي بعلمه في حدود الله تعالى على الصحيح .

الثاني : أن الشاهد بالزنا يُحَد إذا اعترف بالتعتمد ، وكذا إن قال : أخطأت ، على الأصح كما هو مقرر في باب الرجوع عن الشهادة .

إذا علمت ذلك فهذا الذي اتفق عليه الشافعي والأصحاب في مسألة الشاهد بالزنا من اعتماد القاضي على ما يراه لا جائز أن يريدوا به أن القاضي يقيم الحد على الشاهد ، فإن القاضي لا يحكم بعلمه في حدود الله تعالى على الصحيح فضلاً عن الاتفاق عليه ، فتعين أنهم أرادوا بذلك أن القاضي لا يقيم الحد على المشهود عليه ، وحينئذ فلا يصح البحث الذي حاوله الرافعي ، وهو يخرجه على القضاء بالعلم لما سبق عن الرافعي من أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه بالإجماع ، وسنوضحه أيضاً فصح ما قاله الشافعي والأصحاب وبطل البحث المذكور .

قوله : وإذا وقعت له خصومة أو لأصله أو فرعه جاز لنائبه أن يحكم فيها في ظهر الوجهين .

ثم قال : وبنوا هذا على أن نائب الحاكم هل ينزعز بموجته وانعزاله ؟ إن قلنا : لا ، فقد أحقناه بالحاكم المستقلين . انتهى كلامه .

والصحيح انزال نائبه بموجته كما تقدم ، فلو صح البناء لكان الصحيح أنه لا يحكم كما ينزعز ، أو أنه لا ينزعز كما يحكم .

قوله في الأدب العاشر : إحداهما : قول الصحابي إذا لم ينتشر ، فالقديم : أنه حجة لقوله عليه الصلاة والسلام : « عليكم بستي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي » ^(١) .

والجديد : أنه ليس بحجة .

(١) أخرجه أبو داود (٤٦٠٧) والترمذى (٢٦٧٦) وابن ماجة (٤٢) وأحمد (١٧١٨٤) والدارمى (٩٥) وابن حبان (٥) والحاكم (٣٢٩) والطبرانى في « الكبير » (١٨) / حديث (٦١٧) والبىهقى في « الشعب » (٧٥١٦) و « الكبير » (٢٠١٢٥) =

ثم قال : وعلى الجديد لا فرق بين أن يخالف القياس أم لا ، وحكمه حكم سائر المجتهدين . انتهى ملخصاً .
فيه أمران :

أحدهما : أن ما قاله الشافعي في الجديد من كونه ليس بحججة محله إذا كان للقياس فيه مدخل سواء خالف كلامه القياس أم لا كما تقدم .
فأما إذا لم يكن للقياس فيه مجال بالكلية ، فإنه يكون قوله فيه حجة ،
كذا نص عليه الشافعي في « اختلاف الحديث » فقال : روى عن علي رضي الله عنه : أنه صلى في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست سجادات .
وقال : لو ثبت ذلك عن علي رضي الله عنه لقلت به ، فإنه لا مجال للقياس فيه فالظاهر أنه فعله توقيفاً . هذا كلامه .

وذكر في « المحسن » أيضاً : أنه حجة ، قاله في الكلام على كيفية
اللفاظ الصحابي .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في التفريع على كونه ليس بحججة أن حكمه حكم سائر المجتهدين مردود فإن الكلام في أمرين .

أحدهما : في أنه هل هو حجة أم لا ؟ وقد مضى الكلام فيه .
والثاني : أَنَّا إذا قلنا بالجديد وهو أنه ليس بحججة ، فهل يجوز

= والطحاوي في « شرح المعاني » (٤٦٨) وأبو نعيم في « الخلية » (٥ / ٢٢) وتمام في « الفوائد » (٢٢٥) من حديث العرباض بن سارية رضي الله عنه .

قال الترمذى : هذا حديث صحيح .

وقال الحاكم : صحيح ليس له علة ، ووافقه الذهبي .

وقال البزار : هو أصح سندًا من حديث حذيفة .

قال ابن عبد البر : هو كما قال .

وقال الألبانى : صحيح .

للمجتهدين تقليده ، وترك الاجتهد لأنهم أطلعوا من أحوال الرسول وأسباب نزول الوحي على ما لم يطلع عليه غيرهم ؟ فيه ثلاثة أقوال للشافعي أيضاً ، ثالثها : إن انتشر جاز ، وإلا فلا .

كذا ذكره جماعة منهم الغزالى في « المستصنف » والأمدي في « الأحكام » ، وأفردوا كل حكم بمسألة ، وذكر في « المحصول » نحوه أيضاً إلا أن هؤلاء المذكورين جعلوا عدم جواز التقليد هو القول الجديد ، وليس كذلك فقد نص « الشافعى » في مواضع من « الأم » على الجواز ، ولو لا خشية الإطالة لذكر تلك الموضع ، وقد أوضحت المسألة في « شرح المنهاج » الأصولي أحسن إيضاح فراجعه .

قوله : نعم لو تعارض [قيasan]^(١) أحدهما يوافق قول الصحابي ، قال صاحب « الكتاب » في « الأصول » : قد تميل نفس المجتهد إلى المواقف ويرجح عنده . انتهى .

وهذا الذي نقله عن الغزالى احتمالاً فقط ، قد جزم به جماعة منهم الشيخ أبو إسحاق في « اللمع » .

قوله : وإن قال البعض وسكت الباقون ، فاختيار صاحب « الكتاب » في « الأصول » : أنه ليس بحججة ، المشهور عند الأصحاب : خلافه ، ولكن هل يكون إجماعاً ؟ فيه وجهان :

قال الروياني : فإن ظهرت أمارات الرضى ثم سكت فإجماع بلا خلاف ، قالوا : والأصح هنا اشتراط انقراض العصر في كونه حجة أو إجماعاً . انتهى .

واقتصره في عدم الحجة على نسبة إلى الغزالى في الأصول فقط غريب

(١) سقط من ب .

فإن هذا الذي ذهب إليه الشافعي ، فقد قال الإمام فخر الدين والسيف الأدمي في « المحسول » و « الإحکام » وغيرهما من كتبهما : إنه مذهب الشافعي .

وقال الغزالى في « المنخول » : نص عليه الشافعى فى الجديد .

نعم استدل الشافعي على إثبات القياس وخبر الواحد بأن بعض الصحابة عمل به ولم يظهر من الباقيين إنكار فكان ذلك إجماعاً ، وظاهره المعارضة للنقل السابق وأجاب ابن التلمساني ، في « شرح المعالم » بأن السكوت الذي تمسك به الشافعي في القياس وخبر الواحد هو السكوت المتكرر في وقائع كثيرة وهي تبقى جميع الاحتمالات .

قوله : فإن وجد ذلك - أي القول المنتشر - ولم ينقل عن الباقيين موافقة ولا سكوت ، فيجوز أن يستدل به على السكوت ويجوز خلافه . انتهى .

واعلم أن الرافعى قد ذكر هذه الصورة في أوائل الفرائض وقال : إنه يترك للقول المتشر ، والحالة هذه القياس الجلى ويعتضد به الخفى .

فهذا الذي ذكره إنما يستقيم على تقدير الاحتياج به إلحافاً له بما إذا
اطلعوا عليه وسكتوا ، وقد رجحه أيضاً في « الروضة » من « زوائد »
فقال: المختار أن عدم النقل كنقل السكوت لأنّه الأحمل والظاهر .

قوله : ومن الجلي ما ورد النص فيه على العلة كحديث « إما نهيتكم من أجل الدافة »^(١) . انتهى .

الدافة : بالدال المهملة والفاء وهي : الطائفة القادمة ، وقد تقدم إيضاحه في الأضحية .

قوله : ومنه قياس الشبه ، وهو أن تشبه الحادثة أصلين ، إما في الأوصاف بأن شارك كل واحد من الأصلين في بعض المعاني والأوصاف

(١) أخرجه مسلم (١٩٧١) من حديث عائشة ضوعتها .

الموجودة ، وإنما في الأحكام كالعبد يشارك الحر في بعض الأحكام والمال في بعضها فيلحق بما المشاركة فيه أكثر ، وربما يسمى قياس الشبه خفيًا ، والذي قبله غير الجلي واضحًا ، وربما خص الجلي ببعض الأول ، وهو ما إذا كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل . انتهى .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : وانختلف أصحابنا في صحة قياس الشبه وأنه هل هو حجة ؟ هذا لفظه .

وما ذكره في « الروضة » من الخلاف في القياس المذكور لا يتصور القول به عند أحد فضلاء أصحابنا ، بل يجزم بالاحتياج به كما ذكره الرافعي والمأخوذ به هو الأقوى والأقرب من الوصفين عند اجتماع الشروط فيما لأنّه لو انفرد أحدهما لكان يعمل به بلا خلاف ، فإذا اجتمعنا الراجح منها كسائر الأدلة ، فإن أشبه أحد الأصلين في الوصف والآخر في الحكم ، ففي المقدم منهما ثلاثة مذاهب للأصوليين :

أحدها : يقدم المشابه في الحكم على المشابهة في الصورة ، وهو مذهب الشافعي .

والثاني : عكسه . قاله ابن علية .

والثالث : لا يتلزم تقديم واحد منها بعينه ، بل ما يغلب على الظن أنه العلة ، ويختلف ذلك باختلاف المسائل فقد تقوى المشابهة الصورية على الحكمية في صورة وفي أخرى بالعكس ، هذا هو اختيار الإمام فخر الدين ، ومثله بالعبد فإنه يشبه الحر في الصورة والبهيمة في الحكم من حيث أنه مملوك ، فإذا قتله قاتل هل تجب قيمته بالغة ما بُلغت وإن زادت على الديمة أو لا يزداد على الديمة لمشابهة الحر في الصورة ؟

والحاصل أن ما ذكره الرافعي لا خلاف فيه ولا يتأتى فيه الخلاف إلا من أنكر القياس .

وقد صرخ به مع وضوحيه من أصحابنا جماعات كثيرة منهم القاضي الحسين و البندنيجي والماوردي وابن الصباغ والروياني حتى اختلفوا هل ينقض قضاء من خالقه أم لا ؟ فقال الجمهور : لا ينقض .

وقال الماوردي وغيره : ينقض في المترد بين الحكمين دون الموضعين .

نعم للأصوليين نوع آخر يسمى « قياس الشّبّه » اختلفوا في الإحتاج به وانهوا في تفسيره أيضاً ، فقال القاضي أبو بكر : هو الوصف المناسب بطريق التتبع لا بداية كالطهارة فإنها مناسبة لاشتراط النية لا لكونها طهارة ، فإن التنظيف يحصل بدون النية بل لكونها شرعت عبادة ، والعبادة مناسبة للنية .

وقال غيره : هو الوصف الذي ليس مناسب ولكن اعتبر الشرع جنسه القريب .

وهذا النوع الذي ذكرناه هو أشهر بإطلاق اسم الشّبّه من المذكور في الرافعي ، فإن المشهور تسمية ذلك بقياس عليه الأشباء ، فلما وقف النووي على خلاف في قياس الشّبّه ظن - رحمة الله - أن المختلف فيه هو الأول لاشتراكهما في الاسم ، وقد بسطت المسألة في « شرح منهاج الأصول » وحققتها فلتراجع منها .

قوله : ومتى حكم القاضي بالاجتهاد ، ثم بان له أنه خالف كتاباً أو سنة أو قياساً جلياً فيلزمه نقض حكمه ، وهل يلزمه تعريف الخصمين صورة الحال ليترافعا إليه لينقض الحكم ؟ فيه وجهان : قال ابن سريج : لا يلزمه إن علم أنه بَانَ له الخطأ ، فإن ترافعاً إليه نقض .

وقال سائر أصحابنا : يلزمه وإن علما ، لأنهما قد يتوهمان أنه لا ينقض ، هذا في حق الآدميين ، أما حقوق الله تعالى فيلزمه البدار إلى تداركه .

واعلم أن الغزالى قد ذكر في « الوسيط » ما حاصله أنه ينقضه ، وإن لم يرفع إليه ، فإنه قال : فرع : لو ظهر له الخطأ في واقعة فليتبع وإن لم ترفع إليه هذه عبارته .

وذكر أيضًا الماوردي وغيره نحوه والذي ذكروه أوجه مما تُوهمه عبارة الرافعي وتأويلها به متعين .

قوله : ومنها قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتقيد الذي يجوزه في ذلك الجنس ، قيل : إنه منقوض لظهور الأخبار وبعدها عن التأويلات التي يدعونها ، وكذلك في القتل بالنقل لأنها على خلاف القياس الجلبي في عصمة النفوس ، وهذا ما أورده الإمام وصاحب الكتاب وبمثله أجاب محققون في الحكم بصحة النكاح بلا ولد ، وفي بيع أم الولد ، وثبتت حرمة الرضاع بعد الحولين ، وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان ، ونكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي ، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، وبحريان التوارث بين المسلم والكافر ، ورد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيوب على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى ، ومن الأصحاب من منع النقض ، وقال : هي مسائل اجتهادية ، والأولوية فيها متقاربة ، قال القاضي الروياني : وهو الصحيح ، وكذلك ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس . انتهى كلامه .

ومقتضاه رجحان النقض في المسائل كلها .

أما الثلاث المذكورة أولاً وهي خيار المجلس والعرايا والقتل بالنقل فلا أنه نقل من الإمام الغزالى موافقتهما للسائل به ، ولم تنقل الموافقة للسائل بعدم النقض إلا عن تصحيح الروياني فقط ، وأما بقية المسائل فلا أنه نقل النقض فيها عن محققين ولم ينقل مقابله إلا عن الروياني أيضًا ، إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي قد صحق في كتاب النكاح أنه لا ينقض حكمه في النكاح بلا ولد على عكس ما يقتضيه كلامه هنا ، ذكر ذلك في الكلام على الركن الرابع ، وقد تقدم هناك ذكر عبارته .

الأمر الثاني : أن النووي في « الروضة » قد اختصر هنا كلام الرافعي بعبارة مخالفة لما ذكره هنا وموافقة للمذكور هناك ، فإنه جمع هذه المسائل كلها من أولها إلى آخرها وحکى فيها وجهين ، ثم قال بعد حكاية الوجهين :

قال الروياني : الأصح : لا ينقض لأنها اجتهادية والأدلة فيها متقاربة ، هذا لفظه من غير زيادة عليه .

والعجب في اقتصاره على ما قال مع حذفه للسائل بالعكس ، وهم الإمام والغزالى والمحققون ، وهو اختصار عجيب حصل بسببه الإخلال في مسائل فتقطن لها واضبط جميعها .

قوله : وإذا كان المحكوم به حكمًا باطلًا نكاحًا ، لم يحل للمحكوم له الوطىء ، وعليها الامتناع والهرب ما أمكنها ، فإن أكرهت فلا إثم عليها . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم الإثم عند الإكراه تابعه عليه في « الروضة » ، وهو مخالف لما ذكره في أوائل الجنایات من أن الزنا لا يباح بالإكراه ، فإن المرأة إذا علمت كذب الذي يدعى نكاحها يكون تمكينها منه زنا قطعاً ، ومقتضى كلامه في الجنایات : أنه لا فرق بين الرجل والمرأة ، وقد نص هو على المرأة بخصوصها في كتاب الجهاد ، وصرح بأنه لا يباح لها ذلك ، والذي ينبغي حمل كلامه هنا عليه ما إذا ربطت ووطئت .

قوله : وما كان مختلفاً فيه كحكم الحنفي بشفعة الجوار وبالتالي التوريث بالرحم فينفذ ظاهراً ، وهل ينفذ في الباطن حتى يحل ذلك للشافعى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : المنع ، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق وأورده الغزالى لتعارض الأدلة .

والأصح عند جماعة منهم صاحب « التهذيب » والعبادى : أنه ينفذ باطنًا في حق من يعتقد ومن لا يعتقد . انتهى ملخصاً .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، وهذا الثاني هو الصحيح ، كذا صححه الرافعى في موضوعين من هذا الكتاب ومن « الشرح الصغير » ، أحدهما : في كتاب الدعاوى في الكلام على اليمين قُبِيل قوله : قال : وأما الحالف ، فقال : وميل الأكثرين إلى الحلّ . هذا لفظه .

وذكر عقبه أنهم اتفقوا على أنه ليس للشافعى أن يحلف على عدم استحقاقها إذا حَلَّفَه الحنفى .

ثم قال : وهذا هو ذاك أو مثله .

والموضوع الثاني : في كتاب دعوى الدم ، قبيل الكلام في القسامه بأسطر فقال : فاما الحل الباطن إذا حكم الحاكم في موضع الخلاف لشخص على خلاف ما يعتقده حكم الحنفى للشافعى بشفعة الجوار ، ففي ثبوته خلاف وكلام الأئمة هاهنا يميل إلى ثبوته . هذه عبارته .

وإطلاقهم يقتضي أنه لا فرق في النفوذ باطنًا بين ما ينقض وما لا ينقض وفيه ، نظر لكنه مستقيم فإنه لا منافاة .

قوله : فرع : قال في « التهذيب » : هل تقبل شهادة الشاهد على ما لا يعتقد كالشافعى يشهد بشفعة الجوار ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، كما لا يقضي القاضي بخلاف ما لا يعتقد .

والثانى : نعم ، لأنه مجتهد فيه والاجتهد إلى الشاهد . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن تعليله للوجه الثاني غلط ، لأن الاجتهاد يشترط في القاضي لا في الشاهد ، وقد ذكره البغوي على الصواب فقال : لأن مجتهد فيه والاجتهاد إلى القاضي لا إلى الشاهد ، ذكر ذلك قُبيل باب التحفظ في الشهادة ، فسقط من (إلى) إلى (إلى) ، وحذف النووي هذا التعليل من «الروضة» فَسَلَمَ .

الأمر الثاني : أن الرافعي لم يبين صورة المسألة وتابعه النووي على ذلك وزاد فصحح القبول ، فلنوضح ذلك فنقول : لا شك أن الشاهد والحالة هذه له ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يشهد بنفس الجوار وما في معناه كالبيع عند إنكاره .

والثاني : باستحقاق الأخذ بالشفعة .

والثالث : بشفعة الجوار .

فأما الأول : فكلام الرافعي بعيد منه ، وفي جواز الشهادة به وبكل ما يترب عليه خلاف ما يعتقد الشاهد وجهان حكاهما الرافعي من غير ترجيح في الباب الثالث من أبواب الشهادات قُبيل القيد الخامس من القيود المعتبرة في وجوب الأداء ، وذكر بعده بنحو ورقة ما يشعر بالجواز .

وأما الثاني والثالث : فكلام الرافعي محتمل لكل منهما ولم يتكلم فيما إلا على القبول ، وأما الجواز للشاهد : فينبغي منعه لاعتقاده خلافه ، وقد ذكر الرافعي في آخر الباب الأول من أبواب الرهن : أنه إذا رهب عيناً بعشرة ثم استعرض عشرة تكون رهناً بهما وأشهد شاهدين أنه مرهون بعشرين وعرف الشاهدان حقيقة الحال وهو رهن المرهون بدين آخر عند المتهاهن ، نظر إن شهدا على إقرار الراهن فالوجه تجويه مطلقاً ، وإن شهدا أنه مرهون فإن كانا لا يعتقدان جواز الإلحاد لم يجز بل عليهما بيان الحال ، وفيه وجه بعيد .

وإن كانا يعتقدان جوازه فيه وجهان ، قال في الروضة : الأصح أنه لا يجوز لأن الاجتهاد إلى الحاكم لا إليهما . هذا كلامه ، ولم يصور الرافعي المسألة بما إذا كان القاضي حفيفاً وهو كذلك بلا شك .

قوله : ولو دعي المحبوس زوجته أو أمته لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال ، فإن امتنعت أجبرت الأمة ولم تُجبر الزوجة الحرة ، لأنه لا يصلح للسكنى ، والزوجة الأمة تُجبر إن رضى سيدها ، فكان يجوز أن يقال : الحبس زجر وتأديب ، فإن اقتضى الحال أن تمنع منه زوجته أو أمته فعل . انتهى كلامه .

وما ذكره بحثاً واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه ، قد جزم به الغزالى في « فتاويه » فقال : إن الأمر فيه إلى رأى القاضي .

وجزم صاحب « الشامل » في « فتاويه » أيضاً بأنه يمنع من ذلك ، ولم يكله إلى نظر القاضي .

وقد ذكر النووي في أوائل التفليس من « زوائد » ما قاله ، الغزالى وابن الصباغ ولم يرجع منها شيئاً .

ثم إنه هاهنا حذف الاحتمال الذي ذكره الرافعي وجزم بأنه لا يمنع ، فصار مخالفاً لكل من النقلين المذكورين هناك ، وقد ظهر من هذه النقول رجحان تفويضه إلى رأى القاضي ، لرجحان الرافعي له من غير اطلاعه على نقل يساعدته فمع النقل أولى .

الفصل الثاني : في مستند قضائه

قوله : وأصح القولين عند عامة الأصحاب : أن القاضي يقضي بعلمه ، ثم قال : ولو أقر بالمدعي في مجلس قضائه قضى عليه ، وذلك قضاء بإقراره لا بعلم القاضي ، وإن أقر عنده بشراء ، فعلى القولين في القضاء بالعلم ، ومنهم من خصص القولين بما إذا علم المحكوم بنفسه وقال : هاهنا الحكم بالإقرار المعلوم لا بمجرد العلم بالمحكوم . انتهى كلامه .
فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من جواز الحكم بالإقرار الواقع في المجلس جزماً وأنه لا يخرج على القولين مخالف لما ذكره قبل ذلك في الأدب الخامس ، فإنه جزم فيه هناك بحكایة القولين ، ولم يتعرض لهذه الطريقة التي جزم بها هاهنا وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه ، وذكر نحوه أيضاً في كتاب الدعاوي في الكلام عن اليمين وستعرفه .

ومخالف أيضاً لنص الشافعی في «الأم» : فإنه سوئي بين المجلس وغيره ، ذكر ذلك في كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» الواقع بعد باب قطع العبد في باب الدعوى والصلح ، فقال : قال الشافعی : وإذا اختصم الرجالان إلى القاضي ، فأقر أحدهما عند القاضي في مجلس الحكم أو غير مجلسه . هذا لفظه .

ثم حکى بعد هذا التصوير القولين واختلاف الناس وأقام الدليل عليه .
الثاني : أن مراده بقوله : ومنهم من خصص القولين ... إلى آخره .
أن بعضهم قال : إن الإقرار في الشركاء كالإقرار في المجلس حتى يقضى جزماً ، وقد ذكره في «الشرح الصغير» بعبارة هي أوضح من هذه ، لا جرم أن النووي في «الروضة» عبر بقوله ، وقيل : يقضي قطعاً .

قوله في «الروضة» : وإذا قلنا : يقضي بعلمه ، فذاك في المال قطعاً وكذا في القصاص وحد القذف على الأظهر ، ولا يجوز في حدود الله تعالى على المذهب ، وقيل : قولان . انتهى كلامه .

وما ذكره من تصحيف طريقة القطع في حدود الله تعالى فهو حصل في اختصاره لكلام الرافعي ، فإن المذكور في الشرحين : تصحيف طريقة القولين فتأمله ، وكلام «المحرر» لا يؤخذ منه شيء في ذلك ، فإنه قال : أصح القولين أن القاضي يقضي بعلمه إلا في حدود الله تعالى . هذه عبارته .

قوله : ولا خلاف أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه إذا علم أن المدعى أبداً عماده وأقام عليه البينة وأن المدعى قبله أورأه قبله بيد المدعى ، أو سمع مدعى الرق قد أعتق ومدعى النكاح قد طلق ثلاثة ، وتحقق كذب الشهود ، فإنه يمتنع عن القضاء . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ادعاه من نفي الخلاف قد تابعه عليه في «الروضة» ، وذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضاً وليس كذلك ، فقد حكى الماوردي في «الحاوي» وجهاً أنه يقضي بخلاف علمه والحالة هذه ، قال : لأن المعتبر في الحكم على هذا القول إنما هو الشهادة دون العلم .

ونقله أيضاً الروياني والشاشي في «الخلية» ، وابن يونس وابن الرفعة في شرحهما «للتنبيه» .

الأمر الثاني : كما لا يقضي بخلاف علمه فليس له أن يقضي بعلمه ، صرخ به الشاشي في «الخلية» ، وفي كلام الرافعي إشارة إليه فإنه أطلق منعه عن القضاء وكأن معناه قوة التهمة .

الأمر الثالث : أنه لابد في القضاء بالعلم من التصريح بالمستند ، فيقول القاضي : قد علمت أنه له عليك ما ادعاه وحكمت عليك بعلمي ، فإن

اقتصر على أحدهما لم ينفذ الحكم ، كذا ذكره الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » .

الأمر الرابع : أن عد العتق والطلاق من قسم العلم منوع ، فإنه لا يلزم من إعتاقه وتطليقه وقوع العتق والطلاق .

أما العتق : فلأن العبد قد يكون مرهوناً والراهن معسر والشاهدان يعلمان الواقعة ، ومثله العبد الجاني على ما هو مذكور في موضعه .

وأما النكاح : فقد يكون الزوج أتى بالتعليق المناسب إلى ابن سريج فقال لها : متى وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثة ، ومقتضى كلام « الكتاب » و « الروضة » : أن الأكثرين على عدم الواقع ، ونقله عن النص .

الخامس : أن التعبير بقوله : لا يقضى بخلاف علمه ، فيه تجوز بل الصواب بما يعلم خلافه ، وبه عبر الماوردي وغيره ، فإن من يقضي بشهادة شاهدين لا يعلم كذبهما ولا صدقهما قاض بخلاف علمه مع أن قضاة نافذ بالاتفاق .

واعلم أن اشتهر الخبر بين الناس بالتواتر هل ينزل منزلة البيئة أم حكمه حكم العلوم بالمشاهدة حتى يجري فيه القرآن ؟ على وجهين حكاهما في « النهاية » قُبيل باب كيفية تفريق الصدقات .

قوله : واعلم أن الأئمة مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين بما إذا ادعى عليه مالاً وقد رأه القاضي أقرضه ذلك أو سمع المدعى عليه أقر بذلك ، ومعلوم أن رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء ، فيدل أنهم أرادوا بالعلم الظن المؤكد لا اليقين . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » وهو يشعر بأنهما لم يقعَا هاهنا في المسألة

على نقل ، وهو غريب فقد ذكر هو فرعين منقولين بما أصرح في الدلالة على المقصود مما ذكره ، وأحدهما قد حكى فيه وجهين ، فالموضع الأول : ذكره قبل كتاب العتق في الكلام على القافة فقال : ولو كان القاضي قائماً فهل يقضي بعلمه ؟ فيه الخلاف في القضاء بالعلم . هذا لفظه .

والثاني : في أوائل القسمة فقال : وهل للقاضي أن يحكم بمعرفته في التقويم ؟ ، قيل : لا يجوز قطعاً لأنه تخمين مجرد ، وقيل : على القولين في القضاء بالعلم وهو الأشبه ، ولا يبعد أن يقام ظنه مقام الشهادة المبنية على الظن . هذا كلامه .

وقد صرخ الإمام أيضاً بالمسألة هنا فقال : إذا جوزنا له أن يقضي بعلمه فذاك في ما يستيقنه لا ما يظنه ، وإن غالب على الظن .

وقال أيضاً في كتاب التفليس : ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل ما تستند الشهادة فيه إلى اليقين فلو علمه القاضي بنفسه ففي قضائه خلاف ، ولو انتهى القاضي في ما لا علم له إلى متنهي يشهد فيه كالأصول التي ذكرناها فلا يحل له القضاء ، وإن كان يحل له أن يشهد بما ظهر عنده فليتأمل الناظر هذا ، فإنه من أسرار القضاء . هذا كلامه .

والذي ذكره من الأصول هي الشهادة على أنه لا مال له أو لا وارد له ، والشهادة بالتعديل والشهادة بالأملاك ، وقد لخص الغزالى أيضاً هذا المعنى ، فقال : ولا خلاف أنه لا يقضي بظنه الذي لا يستند إلى بينة .

وذكر الماوردي في كتاب اللقيط عكس ذلك ، وبالغ فيه فقال : إذا رأى الحاكم رجلاً يتصرف في دار مدة طويلة من غير معارضة جاز له أن يحكم له بالملك ، وفي جواز الشهادة في هذه الحالة قولان ، والفرق : أن الحاكم له أن يجتهد وليس للشهدود أن يجتهدوا ؛ وهذا الذي ذكره الماوردي يؤيد ما

قاله الرافعی بلا شك .

وأما الأمثلة التي ذكرها - أعني : الرافعی - فإنه تبع فيها البغوي ، وقد يحاب عنها بأن السبب الذي استند إليه القضاء فيها وهو الإقرار والإقراض معلوم بخلاف التصرف والتسامح ونحوهما فإنها لم تستند إلى معلوم .

قوله : أما اليمين فقد قال الأصحاب : يجوز له أن يحلف على استحقاق الحق، وإذا ألحق اعتماداً على خط أبيه إذا وثق بخطه وأمانته .

وضبط القفال وثوقه بأن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة أن لفلان عليّ كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم بل يؤدبه من الترکة ، وفرق بينه وبين القضاء والشهادة : بأنه يمكن فيها التذكر والرجوع إلى اليقين حتى لو وجد بخط نفسه أن له على فلان كذا أو أنه أدى دين فلان لم يجز له الحلف حتى يتذكر ، قاله في « الشامل ». انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من جواز الحلف من اشتراط الثقة والأمانة تابعه عليه في « الروضة » أيضاً ، وهو لا يظهر في مسائل ذكرها الرافعی فينبغي استحضارها لئلا يحصل الغلط بسببها .

الأولى : ما ذكره في الشفعة أنه لو بيع [الشخص]^(١) بصيرة من فضة وادعى الشفيع أنها كذا ونكل المشتري ، جاز للشفيع الحلف اعتماداً على نكوله .

الثانية : ما ذكره في الجنایات في باب دعوى الدم : أن المشتري إذا نازعه شخص في المبيع وادعى أنه له وأن البائع غصبه جاز له - أي للمشتري - أن يحلف على أنه لا يلزمته التسلیم اعتماداً على قول البائع .

(١) في أ : السقط .

الثالثة : ما ذكره في آخر الباب الأول من أبواب الدعاوى : أنه إذا أنكر المودع التلف وتأكد ظنه بنكول المودع جاز أن يحلف اليمين المردود في أصح الوجهين .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن « الشامل » وأقره من امتناع الحلف على خط نفسه ، ذكر مثله في « الشرح الصغير » وزاد على ذلك فقال : ذكره صاحب « الشامل » وغيره .

وهذا الذي نقله عن « الشامل » وأقره هو والنبوى عليه ليس هو الصحيح فاعلمه ، فقد جزم بعد ذلك في كتاب الدعاوى في الركن الثالث منه المعقود للحلف بما يخالفه ، فقال قبيل الطرف الثالث ما نصه : فيه مسألتان :

إحداهما : ما يحلف فيه على البت لا يشترط فيه اليقين ، بل يجوز البت بناء على ظن مؤكد ينشأ من خطه أو خط أبيه أو نكول خصميه . هذا لفظه وتبعه عليه النبوى وجزم به أيضاً في « المحرر » و « المنهاج » .

قوله في « الروضة » : فرع : قال الصimirي : ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة ليستعين بها على التذكر ، ويقرب من هذا ذكر التاريخ وموضع التحمل ومن كان معه حينئذ ونحو ذلك . انتهى كلامه .

والتعبير بقوله : ينبغي هو قريب من تعبير الرافعى أيضاً ، وهذا الكلام يشعر بأن تعاطى أسباب التذكر مستحب ، وهو كذلك كما صرخ به في آخر الباب الثالث من أبواب الشهادات فاعلمه .

قوله : ولو شهد شاهدان على حكمه عند قاض آخر قبل شهادتهما وأمضى حكم الأول ، إلا إذا قامت ببينة بأن الأول أنكر حكمه وكذبهما ، فإن قامت ببينة بأنه توقف ، فوجهان : أوفهما لكلام الأكثرين : أنه يقبل

شهادتهما وقال الأودي وصاحب «المذهب» : لا يقبل لأن توقفه يورث تهمة ، وعلى هذا لو شهد عدلاً أن شاهدي الأصل توقفا في الشهادة لم يجز الحكم بشهادة الفرع . انتهى .

وما اقتضاه آخر كلامه من تخريج شهود الفرع على هذين الوجهين قد تابعه عليه في «الروضة» أيضاً ، ولم يصرحاً بذلك مع أن المحاملي وصاحب «المذهب» والغزالى في «البسيط» قاسوا المنع في شهود الحكم على شهود الفرع ، فدل ذلك على الاتفاق على المنع ولم يتعرض للمسألة في بابها .

الفصل الثالث : في التسوية

وفيه مسألتان : إحداهما : يسوى القاضي بين الخصميين في الدخول عليهما والقيام لهما والنظر إليهما والاستماع وطلقة الوجه وسائل أنواع الإكرام . انتهى كلامه .

وتعبير الرافعي في أول كلامه بقوله : في الدخول عليهما ، وقع كذلك في النسخ ، وهو سبق قلم وصوابه في دخولهما عليه .

قوله : ويسمى بينهما أيضاً في جواب سلامهما ، فإن سلماً أجابهما معًا ، وإن سلم أحدهما قال الأصحاب : يصبر حتى يسلم الآخر فيجيبهما معًا ، وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل ، فإنه يمتنع من انتهاضة جواباً . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن الأصحاب من كونه لا يسلم على الأول إلا بتقدير سلام الثاني ، واقتضى كلامه عدم الوقوف على غيره حتى أبداه بحثاً عند الطول خاصة ، ذكره البغوي تبعاً للقاضي الحسين فقلده فيه الرافعي متوهماً عدم الخلاف فيه .

ثم إن النووي قدّر الرافعي في ذلك ، وهو عجيب فإن الإمام قد حكى هذا عن القاضي وحده ثم ضعفه ، وينبغي ذكر لفظه لغرض آخر يأتي ذكره فنقول : قال الإمام بعد باب القسمة : وإن سلم أحدهما فقد أفرط بعض الأصحاب ، وقال : لا يرد جوابه بل يسكت لأن القاضي في شغل شاغل ، وإن أراد قال لخصمه : سَلَّمَ ، ثم يرد جواب سلامهما ، وهذا عندي سرف وإن ذكره القاضي فإن رد السلام محمول على ابتداء أحدهما به ، وهذا مما لا يخفى ، ولا يظهر ميلاً . هذا كلامه وهو ظاهر .

وذكر نحوه الغزالى في «البسيط» فقال : أفرط بعض الأصحاب فقال : لا يجده إلى أن يُسلّم الآخر ، ثم قال : وهذا بعيد وعذرها في الجواب بين ، وصححه أيضًا في «الوسيط» ، وحكى الماوردي ثلاثة أوجه : أحدها : أنه يرد السلام عليه وحده في الحال .

والثاني : بعد الحكم .

والثالث : يرده في الحال عليهم .

ولم يحك ما عزاه الرافعى إلى الأصحاب وجهاً بالكلية ، وذكر مثله الرويانى في «البحر» والشاشى في «الخلية» وصاحب «الذخائر» والعرaci شارح «المذهب» وابن يونس في «شرح التنبيه» وحكى كثير من هؤلاء وجهاً آخرًا : أنه لا يجب الرد أصلًا لأن شغل القاضي مانع من مشروعية السلام .

وحكى الرويانى أيضًا عن القفال : أنه صحق الرد على أحدهما عقب سلامه ، وجزم به أيضًا أبو الطيب في أوائل كتاب أدب القضاء من تعليقه في أثناء مسألة أولها : قال الشافعى وأحب أن يقضى في موضع بارز .
وعبر الطبرى في «العدة» بما يدل عليه لمن تأمله فقال : ينبغي أن يسوى بينهما في رد السلام . هذه عبارته .

وذكر مثلها الغزالى في «الوجيز» ومدلولها : إنهم إذا سلما فليس له أن يرد على أحدهما ويمتنع من الرد على الآخر ، وحكى ابن أبي الدم في «أدب القضاء» وجهين من غير ترجيح في المسألة ، وأجراهما أيضًا في ما إذا سبق وسلم قبل دخول الآخر بالكلية ، وسكت عن التصرير بالمسألة جماعة كثيرون منهم الدارمى في «الاستذكار» والشيخ في «المذهب» وأبو نصر البندينجى صاحب «المعتمد» والجرجاني في «الشافعى» والخوارزمى في «الكافى» والعمراوى في «البيان» وابن عصرون في «المرشد» وغيرهم .

فتلخص أن ما قاله الرافعي من إسناد ذلك إلى الأصحاب غلط محض أوقعه فيه جزم صاحب «التهذيب».

الأمر الثاني: أن ما ذكراه في هذه المسألة لا يوافق ما جزم به في كتاب السير ، فقد قالا هناك : إن ابتداء السلام سُنّة على الكفاية ، فإذا حضر جماعة وسلم أحدهم كفى ذلك عن سلام الباقيين .

قوله في المسألة : وذكروا أي الأصحاب أنه لا بأس أن يقول للأخر : سَلَّمَ ، فإذا سَلَّمَ أجبهما ، وفي هذا اشتغال منه بغير الجواب ، ومثله بقطع الجواب عن الخطاب . انتهى كلامه .

واعلم أنه قد ذكر في كتاب «السير» : أنه يجب أن يكون رد السلام متصلةً بالاتصال المشروط بين الإيجاب والقبول في العقود ، وقد اختلفوا في اللفظ اليسير الفاصل بينهما هل يضر أم لا ؟ على وجهين ، واختلف كلامهم في الراجح منهما كما أوضحته في الكلام على أركان النكاح فراجعه ، وهذه الصورة فرد من أفراد ذلك فيأتي فيها ما سبق هناك فاعلمه .

قوله أيضًا في المسألة : وحكى الإمام أنهم - أي : الأصحاب - جوزوا للقاضي ترك الجواب مطلقاً واستبعده . انتهى كلامه .

وما ذكره من كون الإمام نقله عن الأصحاب وتابعه عليه في «الروضة» أيضاً غلط ، فإن الإمام إنما نقله عن بعضهم وقد تقدم ذكر لفظه .

قوله : فإن كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً فوجهان :

أصحهما وهو ما أورده العراقيون : أنه يرفع المسلم في المجلس .
والثاني : يسوى .

وي يكن أن يجري الوجهان فيسائر وجوه الإكرام . انتهى .
فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » عبر بقوله : أصحهما وبه قطع العراقيون ، وما قاله من قطع العراقيين باطل ، فقد حكى الماوردي في « الحاوي » وجهين ، وكذلك الشيخ في « المذهب » والشاشي في « الخلية » وابن عصرون في « الانتصار » والعمرياني في « البيان » وكل هؤلاء العراقيون .

الأمر الثاني : أن النووي قد تابعه في « الروضة » على احتمال جريانهما ، وقد أجاب الفوراني في « الإبانة » بما ذكراه بحثاً ، فقال بعد ذكر أنواع التسوية : فرع : إذا كان أحدهما كافراً هل يسوى بينهما ؟ وجهان :

أحدهما : يسوى لأنها استويا في الدعوى .

والثاني : لا . هذه عبارته .

وذكر الشيخ في « التنبية » أنه يقدم المسلم في الدخول ويرفعه في المجلس ، وذكر الماوردي في « الحاوي » ما يخالف الفوراني ، فقال : وفي التسوية بين المسلم والكافر في المجلس وجهان :

أحدهما : يسوى بينهما فيه كما يسوى بينهما في المدخل والكلام .

والثاني : يقدم المسلم . انتهى .

وهو يدل على أن المدخل والكلام محل اتفاق ، وكذلك ذكر صاحب « الاستقصاء » وغيره .

ولو كان أحدهما مرتدًا والآخر ذمياً فتتجه تخریجه على التكافؤ في القصاص ، والصحيح ، أن المرتد يُقتل بالذمي دون عکسه .

قوله : وإذا كان يدعى دعوى غير محررة ، قال الإصطخري : يبين له كيفية الدعوى الصحيحة ، وقال غيره : لا يجوز لانكسار قلب الآخر ، وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة على هذين الوجهين ، قال في « العدة » : والأصح الجواز . انتهى كلامه .

لم يرجح منهما شيئاً في «الروضة» أيضاً، وقد صحح في «التنبيه» من تلقين الدعوى وأقره عليه النووي فلم يستدركه في كتابه «التصحيح» .
قوله : وإذا ادعى المدعي طالب خصمه بالجواب وقال : ماذا تقول ؟ وفيه وجه أنه لا يطالبه بالجواب حتى يسأل المدعي . انتهى .
فيه أمران :

أحدهما : أنه ليس في كلامه ما يدل على أن الخلاف في الجواز أو في الأولوية ، وقد بينه الماوردي والشيخ في «المهذب» وغيرهما .
وقالوا : إن الخلاف في الجواز ، وعللوا المنع بأن ذلك حق للمدعي فلا يجوز استيفاؤه من غير إذنه ، والجواز بقرينة الدعوى .
وفائدة الخلاف كما قاله الماوردي : في الاعتداد بالإنكار ، وفي الحكم بالبينة قبل سؤال المحكوم له .

واقتصر ابن يونس في «شرح التنبيه» على الفائدة الثانية .

الأمر الثاني : أن ما ذكره هنا من ترجيح الجواز ذكر مثله في «الشرح الصغير» أيضاً هنا، ثم خالف فيه - أعني : في «الصغير» - في أوائل كتاب الدعاوى فقال ما نصه : فيه وجهان: أشبههما ويرحكي عن أبي حنيفة : لا ، لأنه حقه فلا يستوفي إلا بسؤاله هذا لفظه ولم يذكر ترجيحاً غيره .

والرافعي في «الكبير» حکى هناك وجهين من غير ترجيح ، ونقضه النووي فقال في «زوائد» : الأقوى أن له ذلك ، ولم يستحضر تصحيح الرافعي له في هذا الباب ولا تصحيحة هو حتى أنه بالغ هنا فقال : وفيه وجه ضعيف أنه لا يطالبه بالجواب حتى يسأله المدعي .

قوله : وهل يثبت المدعي بمجرد الإقرار ، أم يفتقر ثبوته إلى قضاء

القاضى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يفتقر إليه كالثبوت بعد إقامة البينة .

وأصحهما : المنع ، فإن دلالة الإقرار على الحق ببينة ، والإنسان على بصيرة من نفسه ، وأما البينة فيحتاج في قبولها إلى النظر والاجتهاد ، هكذا ذكروه والطبع لا يكاد يقبل هذا الخلاف ، لأنه إن كان الكلام في ثبوت الحق [المدعى] ^(١) به في نفسه فمعلوم أنه لا يتوقف على الإقرار ، فكيف على الحكم بعد الإقرار ؟ وإن كان المراد مطالبة المُدّعى وإلزام القاضي فلا خلاف في ثبوتهما بعد [الإقرار] ^(٢) . انتهى .

وما ذكره من أن المُدّعى له الطلب بعد الإقرار بلا خلاف قد تبعه عليه أياضًا في « الروضة » ، ولكن قد جزم الماوردي بما ظاهره المخالفة فقال : له أن يلازمه بعد الحكم وليس له ملازمته قبله .

قوله : وإن أنكر المُدّعى عليه فللقاضي أن يسكت وله أن يقول للمدعى : ألك بينة ؟ وقيل : لا يقول ذلك إلا بعد طلب المدعى لأنه كالتلقين . انتهى .

تابعه في « الروضة » على إطلاق التخيير ، وكذلك أطلقه أيضًا بعضهم وقيده جماعة بما إذا كان المدعى يعلم أنه وقت النتبية ، فإن كان لا يعلم ذلك لم يسكت بل يسأله عن البينة ، كذا ذكره الشيخ في « المذهب » والعمرياني في « البيان » وابن يونس شارح « النتبية » .

ومقتضى كلام « النهاية » : أن الأصح أن القاضي يقول للمدعى : ألك بينة ؟ مطلقاً سواء أكان المدعى عالماً أو جاهلاً .

وكلام الماوردي يقتضي أنه مُخْبِر بين أن يقول للمدعى : قد أنكرك فهل

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

لك بينة ؟ وبين أن يقول له : قد أنكرك فما عندك ؟ سواء كان المدعى عالماً أو جاهلاً ، لكن الأول أولى عند الجهل .
والثاني أولى عند العلم .

ويتلخص من مجموع ذلك وجوه أربعة ، وإن أخذنا كلام الرافعي على إطلاقه جاء منه وجه خامس ، إلا أن حمله على الإطلاق بعيد .

قوله : فإن قال المدعى : ليس لي بينة حاضرة ، فحلف المدعى عليه ، ثم أحضر البينة سمعت ، وكذلك قال : لا حاضرة ولا غائبة في أظهر الوجهين .

ولو قال : لا بينة لي ، واقتصر عليه ، ففي « التهذيب » : أنه كالقسم الأول ، وفي « الكتاب » : أنه كالثاني حتى يكون على وجهين . انتهى ملخصاً .

لم يصحح شيئاً من الطريقين في « الروضة » أيضاً ، وال الصحيح : هو الطريق الثاني ، وهو ما ذهب إليه الغزالى ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » ، وحكى الماوردي والشاشي في الصورة الثانية وجهاً : أنه إن كان هو الذي استشهادهم لم تقبل ، وإن استشهادهم وكيله أو موروثه قبلت .

وقريب من هذه المسألة ما إذا قال : اشتريته بعشرة ، ثم قال : بل بعشرين ، وقد تقدمت في باب المرابحة ، وكذلك إذا قال : لست بشاهد في هذا الشيء ، ثم جاء فشهد فيه ، فقد ذكره الرافعي قبل الركن الرابع المعقود للنکول فقال : إن قالا ه حين تصديقا لإقامة الشهادة لم تقبل شهادتهما ، وإن قالا ه قبل ذلك بشهر أو يوم لم يندفع ، وأطلق القاضي الحسين في « فتاوىيه » عدم القبول .

قوله : ولو قال : شهودي عبيد ، أو فسقة ، ثم أتى بعدلول قبلنا شهادتهم إن مضى زمان يمكن فيه العتق والاستبراء . انتهى كلامه .

هذا الحكم ذكره البغوي تبعاً للقاضي الحسين ، فقلده فيه الرافعي ثم النووي ، ويتعين تصوير المسألة بما إذا عين شهوده الذين وصفهم بالرق أو الفسق ، فإن أطلق أو عين ولكن أقام غير المعينين فقياس ما ذكرناه في المسألة السابقة أنها تقبل ، وقد صرخ في « الإشراف » بنقله عن نص الشافعى فقال : لو قال بعد اليمين أو قبلها : كل بينة لي زور أو كاذبة ، ثم أقامها قُبِّلت على النص لأنه لا يجوز أن لا يعرفها .

قوله : والظاهر أن تقديم المسافر والمرأة ليس هو بمستحق ، وإنما هو نوع رخصة يجوز الأخذ به . انتهى .

قال في « الروضة » : المختار أنه مستحب لا يقتصر فيه على الإباحة .

قوله : فرع : المقدم بالسفر يجوز أن لا يقدم إلا بدعوى واحدة ، ويجوز أن يقدم جميع دعاویه ، لأن سبب تقديمه أن لا يتخلَّف عن رفقة ، ويجوز أن يقال : إذا عرف أن له دعاوى فهو كالقيميين ، لأن تقديمه بالجميع يضر بغيره ، وتقدیمه بدعوى لا يحصل الغرض . انتهى .

قال في « الروضة » : الأرجح أن دعاویه إن كانت قليلة أو خفيفة بحيث لا تضر بالباقين إضراراً بينما قدم بجميعها ، وإلا فيقدم بوحدة لأنها مأذون فيها ، وقد يقتنع بوحدة ويؤخر الباقين إلى أن يحضر . انتهى .

وما ذكره النووي من التقديم بالوحدة فقط مردود ، بل القياس على ما قاله أن يسمع في عدد لا يضر كما لو لم يكن معه غيره .

قوله : ولو جهل القاضي إسلام الشاهدين لم يقنع بظاهر الدار ، ولكن يبحث عنه ، ويكتفى فيه الرجوع إلى قول الشاهد ويخالف الحرية ، فإنه لا يرجع إليه فيها في أظهر القولين على ما قال في « المذهب » ، لأن الإسلام مستقل به فيرجع إليه فيه بخلاف الحرية . انتهى ملخصاً .

وقد اختلف كلام الرافعي وكذا كلام «الروضة» في الحكم على الكافر بالإسلام إذا قال : أنا مسلم ، وقد تقدم إيضاحه في باب الردة ، والأصح في الإقرار بالحرية : ما رجحه في «المذهب» ، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنبووي في أصل «الروضة» .

قوله : من نُصّب حاكماً في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة .
انتهى .

واعلم أنه قد سبق أن من شروط القاضي بلوغ رتبة الاجتهاد ، ولكن ذكر الرافعي قبل ذلك في الكلام على الاستخلاف كلاماً ينبغي استحضاره هنا فقال : يشترط في الذي يستخلفه ما يشترط في القاضي ، قال الشيخ أبو محمد وغيره : فإن فوض إليه أمراً خاصاً كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى أن نائب القاضي في القرى إذا كان المفوض إليه سماع البينة دون الحكم كفاه العلم بشروط سماع البينة ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد .

قوله : ولابد في شاهد الإعسار والتزكية من الخبرة الباطنة ، قال في «الوسيط» : ويجب على القاضي أن يعرف أن المذكي هل هو خبير بباطن الشاهد في كل تزكيته ؟ إلا إذا علم من عادته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة .
انتهى .

وما ذكره هنا في شروط شاهد التزكية ، قد ذكر خلافه في شاهد الإعسار ، وقد سبق إيضاح وجه المخالفة في التفليس فراجعه .

قوله : وهل يشترط ذكر سبب رؤية الجرح أو سماعه ؟ فيه وجهان :
أشهراهما : نعم ، فيقول مثلاً : رأيته يزكي ، وسمعته يقذف ، وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة : استفاض عندي .

وأقيسهما : أنه لا يشترط . انتهى .

وهذا الكلام صريح في أن الشاهد إذا كان مستنده الاستفاضة وصرح بذلك في شهادته لم يكن قادرًا في شهادته فتُفطن لذلك فإنه الصواب ، وسيكون لنا عودة لذلك في الشهادات إن شاء الله تعالى .

قوله : ولا يجعل الخارج بذكر الزنا قادرًا للحاجة ، كما لا يجعل الشاهد قادرًا ، فإن لم يوافقه غيره فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا هل يجعلون قذفه؟ فيه القولان . انتهى .

قال في « الروضة » : المختار أو الصواب : أنه لا يجعل قاذفًا وإن لم يوافقه غيره ، لأنه معدور في شهادته بالجرح فإنه مسئول عنها وهي في حقه فرض كفاية أو متعينة بخلاف شهود الزنا فإنهم مندوبون إلى الستر فهم مقصرون ، والله أعلم . انتهى كلامه .

فيه أمر :

أحدها : أن ما اختاره النووي من كونه لا يصير قاذفًا هو المعروف في «المذهب » ، فقد جزم به الشيخ أبو حامد والقاضي الحسين والروياني وغيرهم تفريغًا على الوجوه فيما إذا شهد ثلاثة بالزنا ، ولم يقل أحد منهم بتخريج المسألة هنا على ذلك الخلاف كما فعله الرافعي .

نعم حكى الإمام وجهين :

أحدهما : أنه لا يكون قذفًا في هذا المقام ، لكونه مسؤولاً كما سبق .

والثاني : نعم كغيره ، فعلى هذا لا يكلفون التصريح به بل يكفي التعريض ، هذا كلام الإمام ، وقد تلخص أن ما اقتضاه كلام الرافعي هنا من وجوب ذكر الزنا ووجوب الحد عليه باطل غير معروف ، قال : فإن القائل قائلان : قائل بعدم وجوب الذكر ، وسائل بوجوبه وأنه لا حد عليه هنا ، ولا شك أنهما لم يقفَا في هذه المسألة على نقل بل تفقها فيها ، فصادف أن ما ذكره النووي فيها هو الصواب نقلًا ودليلًا .

الثاني : أن تعليل النووي بقوله فإنه مسئول عنها يوهم أن الشهادة على الجرح توقف على السؤال ، وليس كذلك بل يقبل فيها شهادة الحسبة كما ذكره في آخر الباب .

الأمر الثالث : أن ما ذكره في آخر كلامه وهو أن شهود الزنا هل يستحب لهم الشهادة أو الستر ؟ ذكره في مواضع من « الروضة » : أحدها : في حد الزنا .

وثانيها : في هذا الموضوع .

وثالثها : في الباب الأول من أبواب الشهادات في أثناء السبب السادس .

واختلف فيها كلامه وكذلك كلام الرافعي أيضاً ، وقد سبق إيضاحه في حد الزنا فراجعه .

قوله : وهل يشترط لفظ الشهادة من المزكي ؟ فيه وجهان :
أظهرهما : نعم ، فيقول : أشهد أنه عدل .

وقال في « الوسيط » : إن اعتبرنا مشافهة القاضي فلا بد من لفظ الشهادة وإن لم نعتبر ففي اشتراطه في الكتابة والرسالة وجهان . انتهى .

وحاصله حكاية وجهين عنه في « الوسيط » فيما إذا كتب ، أو أرسل ولم يكتب .

وهذا النقل عنه ليس مطابقاً لما فيه فإنه إنما حکى الوجهين في الكتابة خاصة فقال : وإن أكتفينا بالرقة مع الرسول ففي اشتراط كتابة لفظ الشهادة خلاف كما في المترجم ، هذه عبارته .

ولا شك أن الغزالي أخذ ذلك من « النهاية » ، فإنه قال : ذهب أبو إسحاق المروزي إلى أن الجرح والتعديل لا يثبتان إلا بتصریح الشاهدين ولا تعویل على الرقاع ولا على أجوبة الرسل .

وقال الإصطخري : يكفي الرسل حتى لا يشهر المذكور ، ولا تکفي

الكتابة ، فإن اكتفينا بقول الرسل ، فقد ذكر صاحب « التقريب » وجهين في اشتراط لفظ الشهادة : وجہ التردد : أنا شرطنا العدد وقبلناهم مع إمكان الوصول إلى الأصول . انتهى ملخصاً .

فالغزالى حکى الخلاف تفريعاً على « الكتاب » ، والإمام إنما حکاه تفريعاً على الاكتفاء بالمرسل ، فتلخص أن هذه الكتب الثلاث لا تتوافق بعضها وإن كُنَّا نقطع أن كلام « النهاية » هو الأصل ، وإنما حصل ذلك من تصرفهم في النقل ، وقد سَلِمَ في « الروضة » من ذلك فإنه لم يصرح بالبناء ولا بالمنقول عنه .

قوله : ولا يقبل الجرح المطلق ، بل لابد من بيان سببه . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وهو يقتضي : أنه لا يبقى للبينة في هذه الحالة اعتبار بالكلية حتى يقدم عليها بينة التعديل ، وليس كذلك بل معنى عدم قبولها ، وهو أنه يجب التوقف عن العمل بها إلى أن يبحث عن السبب ، كما ذكره النووي في « شرح مسلم » بالنسبة إلى جرح الراوي ، ولا فرق في ذلك بين الرواية والشهادة .

قوله : والأصح أنه يكفي أن يقول : هو عدل ، وقيل : لابد أن يقول : عدل على ولی ، واختلف القائلون به ، فقيل : لأن الشخص قد يقبل في القليل دون الكثير ، وقيل : لبيان أنه ليس بوالد ولا ولد . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن فائدة الخلاف كما قاله الماوردي في ما إذا علم الحاكم انتفاء البنوة بينهما ، وحذف هذا الخلاف من « الروضة » .

واعلم أنه لا يلزم من كونه مقولاً للمزكي ، وعليه أن يكون كذلك بالنسبة إلى المدعى عليه في الواقعه التي احتاج إلى التعديل بسببها ، فإنه قد يكون ابنًا له أو أباً فلا بد من التعرض لذلك ، وقد أهمله الأصحاب حتى قال الإمام : ومن أبلغ عبارات المزكين وأوقعها : عدل على ولی ، وهذه

العبارة شائعة على مر الدهور ، والأصحاب مجتمعون على حملها على موجب ما يتفاهمون منها ، هذه عبارته .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد حكى عن [نص الشافعي في « الأم » ، و«المختصر» أنه لابد أن يقول : عدل علىولي ، وحكى عن [^(١) نصه في «حرملة» : أنه لا يشترط ذلك ، بل يشترط أن يقول : عدل رضي أو مرضي أو مقبول الشهادة ، قال : ومدلول هذه الزيادة غير مدلول تلك ، فتلخص أن الشافعي جازم بأنه لا يكفي العدل وحده ، وفي ما يشترطه معه قولان ولا يؤخذ ذلك من « الروضة » .

قوله : وذكر في « الوجيز » أنه يقول : عدل مقبول الشهادة ، وفيه أمران : أحدهما : أن الوصف بقبول الشهادة تغنى عن العدالة .

الثاني : يشبه أن يقال : إن الحال يختلف بحسب سؤال القاضي ، فإن سألا عن عدالته كفاه التعرض لها ، وإن سألا عن قبول شهادته فلا بد من التعرض لها لتدخل فيه المروءة وعدم السقط من ولادة أو عداوة . انتهى كلامه .

وأهم النموذجي ذكر الأمرين المذكورين وهما أمران مهمان ، واستندنا من هذا أنه إذا قال المزكي : هو عدل علىولي ، لا يحكم الحكم بقوله إلا إذا عرف مروءته وخلوّه من الموانع ؛ ولهذا قال إمام الحرمين ما نصه : نعم ثبت العدالة بقوله : عدل رضي ، ثم يستخير بعد هذا عن الأسباب المانعة من قبول الشهادة ، هذه عبارته .

قوله : ثم حكى القاضي تفريعاً على اعتبار كلمتي « على » و « إلى » وجهين :

(١) سقط من أ .

أحدهما : أن اعتبارهما مخصوص بما إذا أخبر المذكور أصحاب المسائل . والثاني : أنهما شاملان لذلك ولإخبار أصحاب المسائل للقاضي ، ولا فقه في الفرق . انتهى .

أسقط هذا الخلاف من « الروضة » .

قوله : وذكر في « الوجيز » : أنه لا يجوز التعديل بالتسامع ، وهو يوافق ما سبق أنه يعتبر في المعدل الخبرة الباطنة ، ولكن المخبرون الذين يحصل الاستفاضة بهم لو كانوا خبيرين بباطن حاله فلا يبعد أن يجوز للشاهد التعديل وتقام خبرتهم كما أقيم في الجرح ورؤيتهم مكان رؤيته . انتهى .

وما ذكره بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في « الروضة » قد جزم به القاضي الحسين في « تعليقه » ، فقال : يجوز الاعتماد في التعديل على ما يسمع من أفواه الناس مرة بعد أخرى بحيث يخرج عن حد التواطؤ . انتهى .

ونقله أيضًا الhero في « الإشراف » عن القفال الشاشي ، ونقل في « الروضة » المسألة إلى قبل هذا الموضع بقليل .

قوله : ونابه ... إلى آخره .

هذه اللفظة عبر أيضًا بها في - آخر كتاب الفلس وسبق الكلام عليه هناك فراجعه .

الباب الثالث : في القضاء على الغائب

قوله : واحتج الأصحاب على أبي حنيفة في منعه القضاء على الغائب بما روي أنه ﷺ قال لهند : « خذ ما يكفيك وولدك بالمعروف » ^(١) ، وكان ذلك قضاء منه على زوجها أبي سفيان وهو غائب . انتهى .

وما ذكره هنا من كونه قضاء ، قد خالفه في باب نفقة الأقارب فرجح أنه إفتاء لا قضاء ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : ويشترط في الدعوى على الغائب ما يشترط في الدعوى على الحاضر من بيان جنس المدعى وقدره وصفته . انتهى .

اعتراض عليه ابن الرفعة بأن ذكر الوصف لا يغني عن ذكر النوع ولابد منه .

وقد صرخ في الدعوى على الحاضر بأنه لابد من بيان النوع ، وصرح أيضاً بذكره في هذا الباب في ركن المحکوم به .

قوله : وينبغي أن يدعى جحود الغائب فإن قال : هو مُقرّ ، لم تسمع بيته ولغى دعواه ، وإن لم يعترض بجحوده ولا لإقراره فوجهان : ميل الإمام منهمما إلى أن بيته تسمع لأنه قد لا يعلم جحوده ، انتهى .

والذي مال إليه الإمام هو الراجح ، فقال الرافعي في « المحرر » : إنه أشبه الوجهين ، وفي « الشرح الصغير » : إنه أولى الوجهين ، وصرح النووي بتصحیحه في أصل « الروضة » .

قوله : فَيُحَلِّفُ الْقاضِي مِنْ ادْعَى عَلَى الْغَايْبِ بَعْدَ قِيامِ الْبَيْنَةِ وَتَعْدِيلِهَا أَنَّهُ مَا أَبْرَأَهُ مِنَ الدِّينِ الَّذِي يَدْعُيهُ وَلَا مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ وَلَا اعْتَاضَنَّ وَلَا أَسْتَوْفَى وَلَا

(١) أخرجه البخاري (٥٠٤٩) من حديث عائشة رضي الله عنها .

أحال عليه ولا أخذ من جهته بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه توفيته، ويجوز أن يقتصر فيحلفه على ثبوت المال في ذمته ووجوب التسليم، لأن المدعى عليه لو كان حاضراً لكان له أن يدعي عليه شيئاً من الجهات المذكورة فيحلفه.

فينبغي للقاضي أن يحتاط له؛ ولذلك يحلف مع البينة إذا كانت الدعوى على صبي أو مجنون أو ميت ليس له وارث حاضر، فإن كان حلف بسؤال الوارث، وهذا التحليف: واجب، وقيل: مستحب. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أنه إذا كان للغائب ومن في معناه كالمتغزير وكيل، فهل يتوقف التحليف على طلب الوكيل أم للقاضي تحليفه من غير طلبه؟ فيه جوابان لأبي العباس الروياني حكاهما عنه الرافعى في الطرف الخامس ولم يرجع منها شيئاً، وتبعه عليه في «الروضة».

الأمر الثاني: أن ما قاله الرافعى من التحليف على وجوب التسليم مُشكل من وجهين:

أحدهما: أن المدعى عليه لو كان حياً عاقلاً حاضراً فقال بعد إقامة البينة: حلفه على استحقاقه ما ادعاه، لم يجب إليه؛ لأن فيه قدحاً في البينة، فكيف يحلفه عليه في غيبته؟ لا سيما وقد حلف على أنه ثابت في ذمة المدعى عليه.

وثانيهما: أن المدعى عليه لو كان بالصفات المذكورة وادعى مسقطاً وأراد تحليفه فطلب المدعى أن يحلف أنه يستحق عليه ما ادعاه، لم يكن منه، بل يحلف على ذلك المسقط، فكيف اكتفى به في حق الغائب؟

وبالجملة: فقد أسقط الماوردي اعتبار ذلك فقال: وأقل ما يجزئه أن يحلف: إن حقه ثابت، هذا كلامه، وهو واضح فتعين العمل به.

قوله في المسألة : ويبنى على الخلاف في وجوب التحليف ما لو أقام قيم طفل بینة على قيم طفل ، فإن أوجبنا التحليف انتظراً حتى يبلغ المدعى له فيحلف ، وإن قلنا بالاستحباب قضى بها . انتهى كلامه .

وحاصل هذا : أن الصحيح هو الانتظار إلى البلوغ ، لأن الصحيح هو وجوب التحليف .

إذا علمت ذلك فقد ذكر عقب هذا بأسطر ما قد يشكل على هذا فقال : ولو ادعى ولد الصبي ديناً للصبي ، فقال المدعى عليه : إنه أتلف عليَّ من جنس ما يدعى به قدر دينه ، لم ينفعه بل عليه أداء ما أثبتته الوالدة ، فإذا بلغ الصبي حلفه . هذا كلامه .

إلا أنه فرض تلك في ما إذا كان المدعى له وعليه صبيان ، وهذه في ما إذا كان الصبي هو الذي ادعى له خاصة .

وقد يجاب بأن اليمين هناك من تتمة الدعوى الأولى ، فتوقفنا [على] ^(١) ما توجبه .

وأما اليمين في المسألة الثانية فإنها توجهت في دعوى أخرى غير تلك .

قوله : ولو لم يقرأ الكتاب على الشاهدين وقال : أشهد كما على أن ما فيه حكمي ، أو على أنني قضيت بمضمونه فوجهان :

أظهرهما : أنه لا يكفي مالم يفصل لهما ، ويجري الخلاف في ما لو قال المقر : أشهدك على ما في هذه القبالة وأنا عالم به ، ومذهب الشافعي وأبي حنيفة كما نقله الصimirي : أنه لا يكفي ، ويشبهه أن يكون هذا الخلاف في أن الشاهد هل يشهد على أنه أقر بمضمون القبالة ؟ على التفصيل :

فاما الشهادة على أنه أقر بما في هذا الكتاب مبهمًا ، مما ينبغي أن يكون

(١) في أ : في

فيه خلاف كسائر الأقارب المهمة . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف عن الشهادات بالأقارب المهمة تبعه عليه أيضاً في «الروضة» ، وليس كذلك فإن الرافعي قد حكى في كتاب الدعاوى وجهين في ما إذا أقام بينة على أنه أقر له بشيء ، أو على أن له عليه مالاً وقالت : لا نعلم قدره ، هل يسمع أم لا ؟

أحدهما : يسمع ، ويرجع في التفسير إليه كما لو أقر به عند القاضي .

واثانيهما : لا ، لأن البينة أن تبين .

قوله في «الروضة» : وإذا أنكر المدعى عليه أن ما في هذا الكتاب اسمه ونسبه ، فالقول قوله بيمنه وعلى المدعى البينة أنه اسمه ونسبه ، ولو قال : لا أحلف على أنه ليس اسمي وننبي ، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه ، فحكى الإمام والغزالى عن الصيدلاني : أنه يقبل منه اليمين ، هكذا كما لو ادعى عليه فرض فأنكر وأراد أن يحلف على أنه لا يلزممه شيء فإنه يقبل ، واختارا أنه لا يقبل وفرقًا بأن مجرد الدعوى ليس بحجة ، وهنا قامت بينة على المسمى بهذا الاسم ، وذلك بوجوب الحق عليه أن يثبت كونه المسمى . انتهى ما ذكره في هذه المسألة .

وقد بحث الرافعي مع الغزالى والإمام في تفرقتهم بين الفرض وهذه المسألة بحثاً استفدىنا منه أموراً :

منها : أن الراجح من الوجهين ما قاله الإمام والغزالى ، وقد صرحت بتصحیحه في «الشرح الصغير» فقال : إنه أظهر الوجهين .

ومنها : أنه إذا قال المدعى عليه : لا يلزمني تسليم شيء إليه وأراد الحلف عليه فيمكن منه ، وقد جزم به أيضاً في الشرح المذكور .

ومنها : أنه لا فرق بين مسألتنا وبين الفرض ، والعبرة بالجواب فيهما

فإن أجبَ فيها بـأَنَّه لا يلزم تسلِيم شيءٍ إِلَيْه كفَاهُ الْحَلْفُ فِيهِمَا عَلَيْهِ ، بخلاف ما إذا أَجَبَ بـأَنَّه لم يفترض أو ليس ذلك اسمه ، لأنَّ الْحَلْفَ يَكُونُ عَلَى حُسْبِ الْجَوَابِ ، وَقَدْ اخْتَارَ الْقَوْالِ أَيْضًا فِي هَذِهِ الْمَسَأَةِ مَا اخْتَارَهُ الصَّيْدَلَانِيُّ .

قوله : ولا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعى في أصح الوجهين ذكره في « العدة ». انتهى كلامه .

أطلق في « الروضة » تصحيحة .

قوله : وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه ليقضي الكاتب ؟ قال في « العدة » : لا يجوز ، وإن جوزنا القضاء بالعلم ، لأنَّه إذا لم يحكم كالشاهد ، والشهادة لا تتأدي بالكتابة وفي « أمالي السرخسي » أنه يجوز [كالشاهد]^(١) ، ولأنَّ إخباره عن علمه إخبار عن قيام الحجة فليكن كإخباره عن قيام البينة . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا ، وقد جزم في « البحر » بما قاله في « العدة » .

قوله : وإذا كتب بسماع البينة فليس الشاهدين ، والأولى : أن يبحث عن حالهما وتعديلهما ، فإنَّ أهل بلدَهُما أعرف بحالَهُما ، وإذا عدل فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين ؟ فلفظ « الكتاب » يُشعر بالمنع ، وقد صرَحَ به في « الوسيط » ، وكذلك ذكره الإمام ، والقياس التجويز كما أنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود ، وهذا هو المفهوم من إيراد صاحب « التهذيب » وغيره ، ويجوز أن يقدر فيه خلاف بناء على ما سيأتي أن كتاب القاضي بسماع البينة نقل للشهادة أم حكم بقيام البينة ؟ إنْ قلنا : نقل ، فلا بد من التسمية كشاهد الفرع مع الأصل . انتهى كلامه .

وهو يقتضي أنه لم يقف في المسألة على التصريح بالخلاف المذكور وقد

(١) سقط من ب .

صرح به الروياني في «البحر» ، وقال : التجويز ضعيف .

قوله : فإن استمهل ليفهم بينة الجرح أمهل ثلاثة أيام ، فإنها مدة يسيرة لا يعظم ضرر المدعى بتأخير الحكم فيها ، وبالدعى عليه خاصة إلى مثلها لاستحضار البينة ، هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم ، وكذا لو قال : أبأتهني ، أو قضيت بالحق ، واستمهل ليقيم البينة عليه . انتهى كلامه .

وما نقله عن اتفاق الأصحاب من الإمهال ثلاثة ليس كذلك ، فقد جزم الماوردي أن الحاكم يجتهد برأيه فيما دون الثلاثة بحسب الحال وعِظَمُ البلد وصغره وأشار إليه في «البحر» أيضًا فقال : أمهل مدة قريبة .

قوله : ولو قال : أمهلوني حتى أذهب إلى بلدكم فآخر جهم فإني لا أتمكن من خروجه إلا هناك ، أو قال : لي بينة أخرى دافعة هناك ، لم يجب إليه بل يؤخذ الحق منه . انتهى .

تابعه في «الروضة» على إطلاق عدم الإمهال ، ويظهر أن يكون محله في ما إذا كان ذلك يتوقف على أكثر من ثلاثة أيام ، وكلام الروياني يدل عليه ويحتمل المنع مطلقاً سداً للباب .

قوله : وفي «العدة» : أنه لو سأل المحكوم عليه إخلاف الخصم على أنه لا عداوة بينه وبين الشهود جاز . انتهى .

ذكر مثله في «الروضة» ، وقد جزم الماوردي والروياني بعكسه .

قوله نقاً عنها أيضًا : وأنه لو ادعى قضاة الدين وسائل إخلافه أنه لم يستوفه ، لم يحلف لأن الكاتب أحلفه ، وذكر البغوي في مثله في دعوى الإبراء ، أنه يحلفه أنه لم يبره فحصل وجهان . انتهى كلامه .

واعلم أن ما نقله الرافعي من عدم التحليف عند دعوى الإقاض محله إذا ادعى ذلك قبل الحكم ، أما إذا ادعى أنه أقبضه بعد حكم الحاكم ، فإنه

يحلقه بلا شك ؛ لأنّ الحاكم لم يحلقه عليه ، إذ التحليف إنما كان على عدم القضاء إلى حالة الحكم ، وهذا مع وضوحاً يؤخذ من التعليل الذي ذكره الرافعي .

وإذا تقرر ذلك ، فإذا ادعى الإقباض وأطلق حلف أيضاً لاحتمال الإقباض في الحالة المذكورة ، وهذا كله مع الإمکان .

أما إذا لم يمكن كما إذا ادعى إقباضه إيه و كان أحدهما ملازماً للقاضي إلى تلك الحالة ، فإنه لا يحلف .

فتلخص أنه يحلف لدعوى الإقباض عند الإمکان جزماً ، وأنه لا يحلف عند عدم إمکانه ، وعليه يحمل ما نقله الرافعي عن « العدة » ، ولا شك أن الإبراء ممكن في كل وقت لاستقلال الشخص به ، وحيثند فيحلف في الحالة التي يستحيل فيها الإقباض ، فكذلك جزم به البغوي ، فتلخص أن المذكورين لم يتواردا على محل واحد فليست المسألتان على وجهين .

قوله : فإذا نادى قاض من طرف ولايته قاضياً آخر في طرف ولايته : أني سمعت البينة بهذا ، أو جوزنا قاضيين في بلد فقال ذلك قاض لقاض هل للمقول له الحكم بذلك ؟ بني الإمام والغزالى ذلك على أن سماع البينة وإنها الحال إلى قاض آخر هل هو نقل لشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول أو حكم بقيام البينة ؟ وفيه جوابان :

وجه الأول : أنه لو كان حكماً ، لم يفتر إلى تسمية الشهود .

وجه الثاني : أنه لو كان نقاً ، لم يكف ناقل واحد وقد اكتفينا بالقاضي المنهي .

فعلى الأول : لا يجوز للمقول له الحكم كما لا يجوز الحكم بشهادة الفروع مع خصوم الأصول ، وعلى الثاني ، يجوز كما في الحكم ، وهذا أظهر عند الإمام والمصنف ، لكن عامة الأصحاب منعوه . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن الغزالى من ترجيح الجواز قد تابعه عليه في «الروضة» وليس كذلك ، بل ذهب الغزالى في «البسيط» و «الوسيط» إلى منع الحكم ، وعبر في «الوسيط» بقوله : إنه أظهر الوجهين ، والذي أوقع الرافعى في ذلك إيهام وقع في «الوجيز» ، فإنه لما حكى الوجهين في الجواز وبناهما على أنه هل [هو] ^(١) حكم أم لا ؟ قال : الأظهر أنه حكم . ولم يصحح في المبني شيئاً ، وكأنه لم يرض البناء أو صحح في المبني خلاف المبني عليه ، وكثيراً ما يفعلون ذلك .

وحيثند فلا يكون «الوجيز» مخالفًا للكتابتين المذكورين ، ولا شك أن الرافعى لم يطلع هنا على الكتابتين المذكورين ، إذ لو اطلع لم يترك التصحيح المصحح به إلى ما هو محتمل ، بل كان يحمل المحتمل على ما لا يحتمل .

الأمر الثاني : أن ما اقتضاه كلام الرافعى من الجزم بأنه لابد من تسمية الشهود غريب ، فإنه ذكر المسألة قبل هذا بدون الصفحة ، ونقل وجوب التسمية عن الإمام والغزالى ، ثم قال : والقياس وهو المفهوم من كلام البغوى : عدم الاشتراط .

قوله : [الثالث] ^(٢) : إذا حضر قاضي بلد الغائب إلى بلد القاضي الذي حكم فأخبره ، فهل يُمضي إذا عاد إلى محل ولايته ؟ إن قلنا : إن القاضي يقضي بعلم نفسه : أمضاه ، وإن قلنا : لا ، فعن بعضهم تجويزه أيضاً ، والأصح : أنه لا يجوز . انتهى كلامه .

وما ذكره من حكاية خلاف في الجواز إذا منعنا القضاء بالعلم لا وجه له ولا يعلم أيضاً من حكاه ، بل الذي وقفنا عليه في كتبهم إنما هو الجزم بالمنع

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

والذي أوقعه في ذلك إنما هو إيهام وقع في كلام «الوسيط» ، فإنه عبر بقوله : وإن لم نجوز القضاء بالعلم ، فقد أطلق بعض الأصحاب جوازه ، وقال الإمام : لا نجوز ، ومراده بذلك أن بعض الأصحاب أطلق جوازه من غير تقييد بجواز القضاء بالعلم ، والإمام نزل هذا المطلق على ما إذا جوزنا القضاء بالعلم . هذا معنى كلامه .

ويؤيده أن أصول «الوسيط» كلها وهي «تعليق القاضي الحسين» و «النهاية» و «الوسيط» ذكروه كذلك ، ولم يحك أحد منهم خلافاً ، وقد تقدم في الخطبة أن أصول «الوسيط» أربعة : هذه الثلاثة و«الإبانة» للفوراني ، ولم يتعرض لها الفوراني بالكلية .

قوله : فرع : في «الوسيط» أن القاضي إذا حكم بالحق وشافه به والياً غير قاضي ليستوفي فله أن يستوفي في محل ولاية القاضي ، وكذا خارجه على الصحيح ؛ لأن سمع الوالي مشافهة كشهادة الشهود عند القاضي . انتهى كلامه .

وهذا الفرع قد ذكره الإمام في «النهاية» ، فأخذه منه الغزالى ناقلاً له على غير وجهه فقلده فيه الرافعى ، ثم إن النwoي تبع الرافعى عليه وزاد فلم يسنده إلى الغزالى بالكلية فزاد الأمر فساداً ، فإن الإمام في «النهاية» قد قال في أثناء باب مكاتبة القاضي إلى القاضي ما نصه : فلو كتب إلى ذي ولايته وليس إليه القضاء ، فلا يملك أيضاً استيفاء الحق من حيث إنه لا يتواصل إلا بسماع الشهادة ، وسماعها من منصب القضاء كما تقدم ، ولو وقف القاضي شرقي بغداد على طرف ولايته ونادى والي الغربي وليس قاضياً : بأنني قضيت على فلان بيضة أو إقرار فاستوف ذلك الحق منه ، فالوجه عندنا : أنه لا يستوفي أيضاً ، فإنه ليس إليه سمع قول القاضي كما ليس إليه سمع شهادة الشهود ، ويتجه أن يستوفيه من جهة أن القضاة قد يستعينون بالولاة وينقدح في ذلك فرق : فإن القاضي إذا استعان بالولاة الذين في محل ولايته يتحتم على الولاة طاعتهم ، لأن حكمه نافذ عليهم ،

وإذا كانت الولاية في غير ولايته فلا حكم له عليهم وإنما هو سمع وإبلاغ ، وذلك الوالي ليس من أهل السمع . هذا كلامه .

وقد تلخص منه : أن المتوجه عنده أنه لا يستوفيه الوالي الخارج عن ولايته ، ثم بعد ذلك بين أن مقابله له وجه في الجملة ، فقال : ويتجه أن يستوفيه ، ثم إنه ضعف التوجيه المذكور بما أبداه من الفرق .

إذا علمت ذلك فلنذكر أيضاً عبارة « الوسيط » فإنها شارحة لما نقله عند الرافعي وداعية لتوهم صحة ما قاله بعض الشارحين من أن الغزالى فرض المسألة في صورة غير [الصورة] ^(١) التي فرضها الإمام وموضحة لما ذكرنا من نقل كلام الإمام على غير وجهه ، فنقول : قال الغزالى ما نصه : فإن شافهه الوالى جاز له الاستيفاء في بلدة هي من ولاية القاضى ، فإن كانت خارجة عن ولايته ففي وجوب استيفائه نظر ؛ لأنه لا ولاية له على تلك البقعة ، ولكن الصحيح وجوبه ، ثم قال : أما المشافهة فهو أقوى لكن بشرط أن يكون كل واحد منهما في محل ولايته ، بأن يكونا قاضيي بلدة واحدة على العموم ، أو شقي بلدة فيتناديان من الطرفين . هذه عبارته .

وهو ما نقله عنه الرافعي ، ولا شك أن الرافعي لم يطلع هنا على كلام « النهاية » ، إذ لو اطلع لم يقتصر على كلام « الوسيط » لا سيما مع مخالفته ، وقد تلخص أن كلام « الوسيط » فيه هذه الوقفة ، وكلام « النهاية » سالم عن الريبة ومتوجه من جهة المعنى فليؤخذ به ، وقد أطلق في « الروضة » تصحيح ما قاله الغزالى ولم يسنده إليه ، وبالغ فعبر بالصحيح لا بالأصح ، فوقع في خللين :

أحدهما : إيهامه أن المسألة فيها وجهان للأصحاب ، مع أنه ليس فيها إلا احتمالان للإمام ، والغزالى حكى في « البسيط » احتمالين من غير تصريح

(١) سقط من أ .

بترجيح ، ثم إنَّه لخُصُّ ذلِك في «الوسيط» ، ورُجح أيضًا فَقَالَ : فَفِي وجوب استيفائه نظر ، لأنَّه لا ولَاية له على تلك البقعة ، ولكنَ الصحيح وجوبه لأنَّ سَمَاعَ الْوَالِيَّ بِالْمَشَافِهَةِ كَسْمَاعَ قَاضِيَّ آخر شهادة الشهود ، هذه عبارة «الوسيط» .

فَعَبَرَ الرَّافِعِيُّ بِالصَّحِيحِ كَمَا عَبَرَ الغَزَالِيُّ وَلَيْسَ لَهُمَا فِيهِ اصطلاح ، فَقَدْ يَكُونُ ذلِكَ مِنْ وَجْهَيْنِ وَقَدْ يَكُونُ مِنْ احْتِمَالِيْنِ فِي الْمَسَأَةِ ، فَأَطْلَقَ النَّوْوَيِّ الصَّحِيحَ وَلَمْ يَعْزِهِ إِلَى الغَزَالِيِّ مَعَ كُونِهِ قَدْ اصطَلَحَ عَلَى مَا اصطَلَحَ فَلَزِمَ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْخَلْلِ .

الثاني : إِيَّاهُمْ أَنَّ هَذَا التَّرْجِيحُ - المَنْقُولُ عَنِ الْغَزَالِيِّ الْمَشْتَمِلُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ احْتِمَالِ الْغَلْطِ - مِنَ الْأَحْكَامِ الْمُشَهُورَةِ فِي الْمَذَهَبِ الْمُقرَرَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْمَسَأَةِ عَنْهُمْ ، وَأَنَّ الْخَلْفَ فِيهَا ضَعِيفٌ .

قَوْلُهُ : قَالَ - يَعْنِي فِي «الوسيط» - : وَلَا يَكَاتِبُ الْقَاضِيَّ وَلِيًّا غَيْرَ قَاضِيٍّ؛ لأنَّ الْكِتَابَ إِنَّمَا يَبْثِتُ بِشَهَادَةِ الشَّهُودِ، وَمِنْصَبُ سَمَاعِ الْبَيْنَةِ يَخْتَصُّ بِالْقَضَايَا .
نَعَمْ إِنْ كَانَ الْوَالِيَّ صَالِحًا لِلْقَضَايَا وَجَعَلَ لَهُ الْنَّظَرُ فِي بِنْفُسِهِ وَفِي تَقْليِدِهِ مِنْ يَرَاهُ فَيَجُوزُ مَكَاتِبَهُ ، نَصْ عَلَيْهِ فِي «المختصر» . انتهى كلامه .

وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ الْجَزْمِ بِأَنَّ سَمَاعَ الْبَيْنَةِ يَخْتَصُّ بِالْقَضَايَا قَدْ تَابَعَهُ عَلَيْهِ فِي «الروضَةِ» أَيْضًا ، ثُمَّ صَحَّ بَعْدَ ذلِكَ مِنْ «زوائدِهِ» خَلَافَهُ ذَكَرُ ذلِكَ قُبْيلَ الْبَابِ الرَّابِعِ فِي الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ وَسَأَذْكُرُ لِفَظَهُ هُنَاكَ ، وَقَدْ صَرَحَ بِالْمَسَأَةِ بِخَصْوَصِهَا جَمَاعَةُ مِنْهُمُ الْمَأْوَرِدِيُّ فِي «الحاوِي» وَالرَّوْيَانِيُّ فِي «البَحْرِ» وَالْفُورَانِيُّ فِي «الإِبَانَةِ» وَلِنَذْكُرُ لِفَظَ الْمَأْوَرِدِيِّ إِنَّمَا أَبْسَطُ ، فَقَالَ : يَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى أَمِيرِ الْبَلَدِ بِمَا حَكِمَ بِهِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ أَيْضًا إِلَى قَاضِيهَا ، فَإِنْ كَتَبَ بِرُفْعٍ يَدَ عَنِ عَيْنِهِ : فَالْأَمِيرُ أَوْلَى ، وَإِنْ كَتَبَ بِاستِفَاءِ دِينِ فَالْقَاضِيِّ : أَوْلَى لِأَنَّ الْقَاضِيَّ بِإِلْزَامِ الْحَقْوَقِ أَخْصُّ ، قَالَ : وَلَا فَرْقَ فِي هَذِينِ الْقَسْمَيْنِ

بين أن تكون بلد الأمير داخلة في ولاية القاضي أم لا ، ثم قال بعد ذلك بنحو كراس : مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : وكتاب القاضي إلى الخليفة والخليفة للقاضي والقاضي للأمير والأمير للقاضي إذا تعلقت بأحكام وحقوق لا ثبت إلا بالشهادة بالتحري والأداء ، فأما كتبهم في الأوامر والنواهي ، والكتب إليهم في الأعمال والأقوال فمقبولة على ما جرت به العادة في أمثالهم من ختمها وإرسال الثقات بها ، لأن الهيبة [لا تمنع] ^(١) من التزوير فيها ، وما زور منها يظهر والاستدراك فيها ممكن ، انتهى موضع الحاجة من كلامه .

قوله : وإذا أدعى بعين غائبة يؤمن الاشتباه فيها كالعقارات والعبد والفرس المعروفين ، فالقاضي يسمع البينة ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد المال ليسلمه إلى المدعي ، وإن لم يؤمن فيها الاشتباه فهل يسمع البينة على عينها وهي غائبة ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا ، وبه قال المزني ورجحه طائفة من الأصحاب منهم أبو الفرج الزاز .

والثاني : نعم ، وهو اختيار الكراibiسي والإصطخري ، ورجحه ابن القاص و أبو علي الطبرى ، وأجاد به القفال في « فتاوىيه » . انتهى .

والمرجع هو السمع ، فقد قال الرافعى في « المحرر » : إنه أقرب الوجهين ، وفي « الشرح الصغير » : إنه أرجحهما ، وصححه النووي في « الروضة » بعد هذا بقليل ولم ينبه على أنه من « زوائد » بل أدخله في كلام الرافعى فتفطن له .

قوله : ثم إن كان الكتاب بسماع البينة فقط انتزع المكتوب إليه المال ويعشه إلى الكاتب ليشهد الشهود على عينه ، وفي طريقه قولان :

أشهرهما : يسلمه إلى المدعي ويأخذ منه كفيلاً بيده ، وتختم العين عند

(١) في ب : تمنع .

تسليمها بختم لازم ، ثم قال : وأخذ الكفيل ختم والختم ليس بحتم ، كذلك حكى المتلقى عن أبي بكر الأرغيانى الإمام . انتهى .

وهذه المسألة قد ذكرها الغزالى وجزم أن الختم اختياراً ، وحكى في وجوبأخذ الكفيل وجهين ، وجزم في « الروضة » بما قاله الأرغيانى ولم يعزها إليه ، وما ذكرته من التعبير بالأرغيانى وقع كذلك في بعض نسخ الرافعى ، وفي بعضها التعبير بالريحانى ، وقد سبق إيضاح ذلك في الكلام على الأسماء فراجعه .

قوله : فلو كانت جارية ثلاثة أوجه :

أحدها : أنها كالعبد .

والثاني : لا تبعث أصلاً .

والثالث : تسلّم إلى الأمين في الرفة لا إلى المدعى، وهذا حسن . انتهى .
قال في « الروضة » : هذا الثالث هو الصحيح أوالصواب .

قوله : الحالة الثانية إذا كانت العين غائبة عن مجلس الحكم والخصم حاضر فيؤمر بإحضارها ليقيم البينة على عينها ولا تسمع الشهادة على الصفة ، هذا هو الجواب في « فتاوى القفال » تشبيهاً بما إذا كان المدعى عليه حاضراً في البلد لا تسمع الشهادة وهو غائب عن مجلس الحكم .

واعلم أن في هذه الصورة المشبهة بها خلافاً سيأتي من بعد ، ويشبه أن يجيء ذلك الخلاف هنا أيضاً ، فإن جاء انتظم أن يرتب فيقال : إن لم يسمع البينة على الغائبة فعلى الحاضرة أولى وإلا فوجهان : انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على هذا البحث وهو يقتضي أنهما لم يقفا في ذلك على نقل ، وقد صرخ الإمام بأن ذلك الخلاف لا يجري هنا وفرق .

قوله : في أصل « الروضة » : ثم قال العراقيون والبغوي وغيرهم : إذا

نقل المال المدعي إلى بلد القاضي [الكاتب]^(١) ولم يثبت كونه له لزم المدعي مع مؤنة الرد أجراً مثل مدة الحيلولة ، ولم يتعرضوا بذلك في مدة تعطل المنفعة إذا أحضره المدعي عليه وهو في البلد ، فاقتضى سكوتهم المسامحة ، وقد صرَح بهذا الاقتضاء الغزالى ، والفرق بين الحالين : زيادة الضرر هناك . انتهى كلامه .

وهو يوهم أن الغزالى فصل بين إحضاره من البلد أو من بلد آخر ، وليس كذلك فاعلمه ، بل أطلق الغزالى أن الأجرا لا تجب ، حتى استدرك عليه الرافعى ، فقال : ينبغي أن تحمل على الغائب عن المجلس دون البلد حتى يوافق كلام الأصحاب .

قوله : ومتى كان للمطلوب عذر مانع من الخضور لم يكلفه ، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه ، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه ، فإن دعت الحاجة إلى تحليفه بعث إليه من يحلقه ، والعذر كالمرض وحبس الظالم والمنع منه . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على إطلاقه ، ويظهر أن يكون محله في ما إذا لم يكن معروف النسب أو لم يكن عليه بينة ، فإن كان معروفاً ، وعليه بينة تسمع الدعوى عليه والبينة وحكم ، لأن المرض كالغيبة في سماع شهادة الفرع فكذا في الحكم عليه ، وقد صرَح بذلك البغوي .

قوله : فإن لم يكن في البلد ، نظر إن غاب إلى مسافة بعيدة جاز ويحكم عليه وفي البعيدة وجهان : أحدهما : مسافة القصر .

وأرجحهما على ما ذكره صاحب « الكتاب » : ما فوق مسافة العدوى ومسافة العدوى هي التي يمكن المبكر إليها من الرجوع إلى مسكنه ليلاً . انتهى .

والراجح : هو الثاني ، فقد أطلق في « المحرر » و « الشرح الصغير » : أنه أرجح الوجهين ، ولم ينقله عن الغزالى كما فعل في « الكبير » ، وصححه أيضاً النووي في « المنهاج » و « أصل الروضة » .
قوله : وإن لم يكن في مكان المطلوب نائب ثلاثة أوجه : أحدها وبه أجاب أصحابنا العراقيون : أنه يحضره قرب المسافة أو بعدت .

والثاني : إن كان على دون مسافة القصر فيحضره وإلا فلا .

والثالث : إن كان على مسافة العدوى أحضره ، وإن زادت فلا ، وهذا أظهر عند الإمام ، وهو الذي أورده في « الكتاب » . انتهى .

وهذا الكلام مقتضاه رجحان الأول ، لكن كلام « المحرر » مقتضاه رجحان الثالث فإنه قال ما نصه : والذي رجح أنه إن كان على مسافة العدوى فيحضره فإن زادت فلا ، وكلام « الشرح الصغير » يقتضي رجحانه أيضاً ، وعبرَ في « المنهاج » : بالأصح ، وأبقى [كلام الرافعى] ^(١) في « الروضة » على ما هو عليه .

قوله : والمرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم ؟ فيه وجهان : أحدهما - ويحكى عن القفال : نعم ، كسائر الناس .

ثم قال : وأظهرهما وبه قال أبو حنيفة : لا تكلف كالمريض ، وسبيل القاضي في حقها كما سبق في المريض ، واستشهدوا لهذا الوجه بقوله عليه السلام في قصة العسيف : « واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ^(٢) بعث إليها ولم يحضرها . انتهى كلامه .

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٧٥) ومسلم (١٦٩٧) من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهنى عليه السلام .

وقد سبق في المريض ونحوه أن القاضي يبعث إليه بسماع الدعوى والتحليف .

إذا علمت ذلك فيه أمور :

أحدها : أن عدم إخراج المخدرة للتحليف محله إذا لم يكن في اليمين تغليظ بالمكان ، فإن كان فالأصح في « الروضة » : إخراجها ، كذا ذكره في كتاب الدعاوي في الباب الثالث المعقود لليمين ، وكلام الرافعي هناك يُشعر برجحانه غير أنه لم يصرح به .

الامر الثاني : أن إرسال أنيس رض قد اختلف فيه كلام الرافعي - رحمة الله - اختلافاً عجيباً على ثلاثة أوجه :

فجعله في كتاب الوكالة : وكيلًا ، فقال : ويجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى لقوله : « واغد يا أنيس » وذكر الحديث .

وجعله في كتاب اللعان : معرفاً لها ومخبراً بأنها زنت ، فقال في أثناء قوله : فروع مفرقة ما نصه : قال العلماء : وإنما بعث أنيساً ليخبرها بأن الرجل قذفها ثانية لا ليفحص عن زناها .

وجعله في هذا الباب : قاضياً ، وقد علمت لفظه ، ولم يذكر في « الروضة » شيئاً من هذه الموضع ، وقد نص الشافعي - رحمة الله في « الأم » على المسألة ، فقال بعد نحو أربعة أوراق من باب اللعان ما نصه : وإنما سأل المقذوف ، والله أعلم للحد الذي يقع لها إن لم تقر بالزنا ، ولم يلتعن الزوج هذا لفظه بحروفه ومن « الأم » نقلته .

وهذا الباب هو بعد باب الخلاف في خيار الأمة .

الثالث : أن هذا الكلام يقتضي سماع الدعوى في حدود الله تعالى ، والمسألة قد اضطرب فيها كلامه وكلام « الروضة » أيضاً ، وستعرفه وأوضحاً

في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى .

قوله : وأما ما لا يتعين له مالك ، وحصل اليأس من معرفته ، فذكر بعضهم أن للقاضي أن يبيعه ويصرف ثمنه إلى المصالح ، وأن له حفظه ، قال في «الروضة» : وقد قاله جماعة ولا يعرف خلافه . انتهى .

وأقرب من هذه المسألة ما إذا كان عنده مال لشخص وغاب المالك وانقطع خبره ، فإنه يدفعه إلى قاض يثق به ، فإن تعذر تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له إن وجده ، كذا نقله الرافعي في كتاب الشهادات عن العبادي والغزالى في غير الكتب الفقهية .

الباب الرابع : في القسمة

قوله : ويشترط في القاسم أن يكون عالماً بالمساحة والحساب ، وحکى أبو الفرج الزاز وجهين في أنه هل يشترط أن يحسن التقويم لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه؟ . انتهى كلامه .

والراجح منهما : عدم الاشتراط ، فقد جزم باستحبابه القاضي البندنيجي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم ، وحيثئذ فإن لم يكن عارفاً سأله من عدلين عن قيمة ما يقسمه إذا احتاج إليه ، وسكت في « الشرح الصغير » و « المحرر » عن عده من جملة الشروط ، فدل على عدم اشتراطه .

قوله : ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية ، فإنه وكيل من جهتهم كذلك أطلقوه ، وينبغي أن يكون العبد في القسمة على الخلاف في توكيله في البيع والشراء . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على هذا البحث وفيه أمران :

أحدهما : أن الخلاف المذكور محله في ما إذا كان التوكيل بغير إذن السيد ، كذا ذكره الرافعي في باب معاملات العبيد ، وحيثئذ فلا يحسن في تقرير هذا البحث نصب الخلاف في اشتراطه الحرية ، فإنها لا تشترط جزماً ، بل الصواب نصبه في الافتقار إلى إذن السيد .

الأمر الثاني : أن الرافعي علل هناك عدم الجواز بتعلق العهدة بالعبد ، والظاهر : أن ذلك المعنى لا يأتي هنا .

قوله : ولو حكم الشركاء رجلاً ليقسم بينهم ، قال أصحابنا العراقيون : هو على القولين في التحكيم ، إن جوزناه فالذي حكموه كمنصوب القاضي . انتهى كلامه .

سكت هو و « النووي » عما إذا لم نجوز التحكيم ، والحكم فيه : أنه لا يبطل بل يصح ويكون وكيلاً ، حتى لا تشرط فيه العدالة ، كذا ذكره في « الشرح الصغير » ، ويظهر أنَّه كان هكذا في « الكبير » ، ولكن سقط ذلك من النسخ .

قوله : ويجب على الإمام أن يرزق قاسماً من سهم المصالح ، فإن لم يكن فيها فضل فلا يتبعن قاسماً لثلا يغالي في الأجرة ، ولثلا يواطئه بعضهم في حيف ، بل يدع الناس ليستأجروا من شاؤوا . انتهى كلامه .

لم يبين هل المنع من التعين على جهة التحرير أم لا؟ وقد اختلفوا فيه : فقال القاضي الحسين : إنه حرام ، وقال الفوراني : إنه مكروه .

قوله : ولو استأجرروا قاسماً وسمى كل واحد أجرة التزمها ، فله على كل واحد ما التزم ، هذا إذا استأجرروا جميعاً ، بأن قالوا : استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان وبدينارين على فلان مثلاً ، أو وكلوا وكيلاً عقد لهم كذلك .

فلو استأجرروا في عقود مرتبة فعقد واحد لإقرار نصيبه ، ثم الثاني كذلك ، ثم الثالث ، فقد جوزه القاضي حسين ، وأنكره الإمام وقال : هذا بناء على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القاسم لإقرار نصيبه ، ولا سبيل إليه لأن إقرار نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين ترددًا وتقديرًا ، ولا سبيل إليه إلا برضاهما ، لكن يجوز انفراد أحدهم برضى الباقيين ، فيكون أصيلاً ووكيلاً ولا حاجة إلى عقد الباقيين . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً وفيه أمور :

أحدها : أن التصور الأول قد ذكره القاضي أبو الطيب ، وغيره ومعناه : أن كل واحد يعقد بنفسه خاصة ، ويسمى ما عليه ، إلا أن لفظ الجميع وقع دفعه واحدة ، وليس المراد أن كل واحد يعقد لنفسه ولغيره ، وإن جاء المحدود الآتي بعد هذا من كونه ليس وكيلاً .

الأمر الثاني : أن ما ذكره الإمام من المنع محله في غير صورة الإخبار ،
كذا صرّح هو به في « النهاية » .

الأمر الثالث : أن المعروف هو ما قاله القاضي حسين ، وقد لخص في
« الكفاية » بعضه ، فقال : ولو استأجر كل واحد منهم القاسم في حقه
خاصة دون شركائه ، قال الماوردي والبنديجي وابن الصباغ وغيرهم : جاز
بلا خلاف عندنا وعليه نص الشافعي . هذا كلامه ، ثم ذكر عقبيه ما قاله
الإمام وأن الغزالى تبعه عليه .

قوله : فلا يُكسر جوهر نفيس ، ولا يُقطع ثوب رفيع ، ولا يُقسم زوجا
خف ، أو مصرا على باب إن طلبه أحدهما ، فإن تراضيا بقسمته وطلبوها من
القاضي ، فإن بطلت المنفعة بالكلية لم يجبهم وينعمون أن يقتسموها بأنفسهم
لأنه سفة ، وإن نقصت كَسِيف يُكسر لم يجبهم في الأصل ، لكن لا ينعمون
أن يباشروا القسمة . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من امتناع ذلك على القاضي وأنه لا ينعمون ، وتابعه عليه
في « الروضة » أيضاً قد ذكر مثله في كتاب الصلح في قسمة الجدار طولاً ،
قال : لا يجيئهما إليه ؛ لأن إتلاف ولكنهما يباشرانه بأنفسهما إن أرادا ،
كما لو هدم الجدار واقتسما نقضه ، والذي ذكروه مشكل ، لأنه إن لم يكن
حراماً : يمتنع على القاضي ذلك ، وإن كان حراماً : فليس له التمكين منه
ويترفع على ما ذكره فرعان فيهما نظر :

أحدهما : لو كان القاضي أحد الشركين .

والثاني : لو فوضا القسمة إلى ثالث فهل يكون كالقاضي أم لا ؟ وهذه
المسألة قد تكلموا أيضاً فيها في البيع فينبغي هناك استحضار ما ذكروه هنا
فيها .

الجزء التاسع

قوله في «الروضة» : وإذا لم يكن في القسمة تقويم كفى قاسم واحد على المذهب ، وقيل : قولهان : ثانيهما : يشترط اثنان . انتهى كلامه .

وما ذكره من تصحيح طريقة القطع ، قد خالفه في «المنهاج» فجزم بطريقة القولين .

اعلم أن ما في «الروضة» مخالف لكلام الرافعي فإن حاصل المذكور فيه : إنما هو ترجيح طريقة القولين ، فإنه قد قال : وإذا لم يكن في القسمة تقويم فيكفي قاسم واحد أم لابد من اثنين ؟ فيه قولهان ، ووجهها بأن منصب القاسم منصب الحاكم أو منصب الشاهد ؟ والأصح : الأول ، ولم يجب المعلم إلا به وقطع به قاطعون . هذا لفظه .

فتوهم النwoي أنه أراد بقوله : أن المعلم أجابوا به حكاية الطريقة القاطعة وهو كثيراً ما يتوهم ذلك ، ويدفعه هنا حكايته بعد ذلك لطريقة القطع وجزمه أولاً بحكاية قولين ؛ ولهذا جزم في «المحرر» بذلك وصححه في «الشرح الصغير» فقال بعد حكاية القولين : والأصح الأول ، وقطع به بعضهم .

قوله : وقول «الوجيز» : وإن كانت بالإخبار فهل يشترط العدد في القاسم ؟ فيه قولهان ، يجوز أن يعلم لفظ القولين بالواو لقطع من قطع بالاكتفاء بواحد ، وتخصيص القولين بقسمة الإخبار لم يتعرض له في «الوسيط» بل أطلقها ، وكذلك فعل الروياني ، فيمكن أن يقال : أشار بهذا التقىid إلى أن الشركاء لو فوضوا القسمة إلى واحد بالتراضي جاز لا محالة ، لأنه وكيل من قبلهم . انتهى كلامه .

وفيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه أنه لم يقف في ما أفهمه كلام الغزالى على نقل ، وقد صرخ بذلك الماوردي في «الحاوى» والروياني وغيرهما ، وقالوا : إنه

يكفي فيه الواحد بلا خلاف ، وسأذكر لك لفظ الروياني عقب هذا .

وقد جزم في « الروضة » بما فهمه الرافعي [فجزم به نقلًا .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من كون الروياني أيضًا قد أطلق ذلك ولم يقيده ، قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » [^(١) وهو عجيب ، فقد صرخ الروياني في « البحر » بالتقيد المذكور فقال : فأما العدد ، فإن تراضوا فالعدد على ما اتفقا عليه من واحد أو اثنين .

ثم قال : وإن أمر الحاكم بالقسمة ولم يكن فيها تعديل ولا تقويم فقولان . هذا كلامه .

وزاد على ذلك فحكي قبله بقليل أن ذلك جائز ، وإن كان القاسم عبدًا أو فاسقًا ، وكلامه في « الخلية » يشعر أيضًا بما صرخ به في « البحر » ، وكأن الرافعي اقتصر هنا على « الخلية » غير متأمل له أيضًا .

قوله في « الروضة » : ثم إن استأجر الشركاء قاسماً وسموا له أجرة وأطلقوا ، فتلك الأجرة توزع على قدر الحصص على المذهب ، وقيل : قوله ثانية : على عدد الرؤوس . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي لم يصحح شيئاً من الطريقين بالكلية لا في « الكبير » ولا في « الصغير » ، وجزم في « المحرر » بطريقة القولين ، وتبعه عليه في « المنهاج » .

الثاني : أن تصحيحه لطريقه القطع مناقض لما جزم به في « المنهاج » كما ذكرناه .

قوله : وإذا كان لواحد النصف وللثاني الثلث وللثالث السادس ، فيجري القاسم المقسوم على أقل السهام وهو السادس ، فيجعله ستة أجزاء في ست

(١) سقط من ب .

رقاء ويخرجها على الأسماء ، فإذا بدأ باسم صاحب النصف فإن خرج الأول باسمه فله الأول والثاني والثالث ، فإن خرج الثاني فكذلك ، فيعطي معه ما قبله وما بعده . انتهى .

وما ذكره من أنه يعطي مع الثاني ما قبله وما بعده ، تابعه عليه في «الروضة» وهو تحكم ، فلم لا أعطي السهمان مما بعده ويتبعن الأول لصاحب السادس والثاني لصاحب الثالث ، وقد ذكر الرافعي نظير هذا في أمثلة ، أو يقال : لا يتبعن هذا بل يتبع نظر القاسم ، كما قاله الرافعي أيضاً في نظائر لهذا ، إلا أن يقال : إذا علمنا الطريق الأول أخذ الجميع بالقسمة .

قوله : فإن خرج الثالث له - أي لصاحب النصف - ففي «شرح مختصر الجوني» : أنه يتوقف فيه ويخرج لصاحب الثالث ، فإن خرج الأول أو الثاني فله الأول والثاني ولصاحب النصف الثالث والرابع والخامس ويتبعن السادس لصاحب السادس ، وإن خرج الخامس - أي لصاحب - الثالث فله الخامس والسادس ، ثم أهمل باقي الصور ، وكان يجوز أن يقال : إذا خرج لصاحب النصف الثالث فهو له مع الذين قبله .

وإن خرج الرابع : فهو له مع الذين قبله ، ويتبعن الأول لصاحب السادس ، وإن خرج الخامس : فهو له مع الذين قبله ، ويتبعن السادس لصاحب السادس ، وإن خرج السادس : فهو له مع الذين قبله ، وإذا أخذ صاحب النصف حقه ولم يتبعن حق الآخرين أخرج رقعة أخرى باسم أحدهما فلا يقع تفريق . انتهى كلامه .

وما ذكره الرافعي تفقهًا على ما قاله الشارح المذكور عند خروج الثالث لصاحب النصف وفي ما سكت عنه وهو باقي الاحتمالات ، قد تابعه عليه أيضًا في «الروضة» وهو عجيب ، وتحكم بغير دليل ، فإنه ذكر في ما إذا خرج الثالث لصاحب النصف : أنه له مع السهمين قبله فيقال له :

لم لا قلت : أنه يعطي سهماً قبله وسهماً بعده ويتعين الأول لصاحب السادس والأخيران لصاحب الثالث ، أو يعطي مع الثالث سهماً بعده ويتعين الأخير لصاحب السادس والأولان لصاحب الثالث ؟ فإن قيل : يراعى ما يمكن معه القرعة في الجميع وقدمه على ما يتعين بحسب الواقع .

قلنا : قد سلك عكس ذلك عند خروج الخامس كما سيأتي ، وذكر أيضاً أنه إذا خرج الرابع له - أي : لصاحب النصف - أنه يعطي معه السهماً قبله ، وأن الأول يتعين لصاحب السادس والأخيران لصاحب الثالث ، وإن كان الرافعي لم يصرح بهما - أي بالأخيرين - ، لكن علم ذلك من انحصره بالواقع .

إذا علمت ذلك فيقال أيضاً للرافعي في هذا القسم : لم لا عكست فجعلت له مع الرابع سهماً قبله ، وينحصر الأول لصاحب السادس والأخيران لصاحب الثالث ؟ أو جعلت له مع الرابع سهماً قبله وسهماً بعده ، ويتعين السادس أيضاً لصاحب السادس والأولان لصاحب الثالث ؟ .

وذكر أيضاً أنه إذا أخرج الخامس له أي لصاحب النصف أنه يعطي معه سهماً قبله ويتعين السادس لصاحب السادس - أي ويتعين الأولان لصاحب الثالث - وسكت عنه لما ذكرناه .

فيقال له : لم لا أعطيت مع الخامس سهماً قبله وسهماً بعده ثم يقرع بين صاحب السادس والثالث ؟ لاسيما وهذا الطريق يؤدي إلى الإقراء بين الكل بخلاف ما ذكره هو ، وهو إعطاء السهماً قبل الخامس فإننا لا نعمل معه بالقرعة كما سبق .

والذي ذكره هنا عكس ما ذكره عند خروج الثالث ، فإنه سلك هناك ما يفضي إلى القرعة وترك الطريق المفضية للتعمين من غير قرعة .

قوله : ويمكن أن يبدأ بصاحب الثالث ، فإن خرج له الأول أو خرج له

الثاني دفع إليه الأول والثاني معًا ، وإن خرج له الخامس أو السادس فيدفعان إليه معًا ثم يخرج باسم أحد الآخرين ، فإن خرج له الثالث أعطى الثالث والثاني ويتعين الأول لصاحب السادس ، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف ، وإن خرج الرابع فله الرابع والخامس وتعين السادس لصاحب السادس والثلاثة الأول لصاحب النصف . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في « الروضۃ » وفيه إشكال يتوقف ذكره على شرح لفظه ، فإن تركه ربما أدى بكثيرين إلى فهمه على غير ما هو عليه ، فقوله : ثم يخرج باسم أحد الآخرين ، هو بفتح الخاء المعجمة تشية آخر ، كما في قوله تعالى : « أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ » (١) .

وأشار الرافعي بهما إلى الاثنين الباقيين وهما صاحب السادس والنصف ، وهو عائد إلى الأقسام الأربع ، وهي ما إذا خرج له الأول أو الثاني أو الخامس أو السادس .

وتعبيره عقبه بقوله : فإن خرج ... إلى آخره هو باللواو وهو بقية أقسام صاحب الثالث .

إذا علمت ذلك فنعود إلى ذكر الإشكال فنقول : تعبيره بقوله في جواب الأربعة : ثم يخرج باسم أحد الآخرين ، حاصله أنه مخير بين أن يخرج باسم صاحب النصف أو لصاحب السادس وهو مشكل ؛ لأنه إذا بدأ باسم صاحب السادس فقد يخرج له الربع ؛ وذلك يؤدي إلى تفريق حق صاحب النصف ، فإنه لا يبقى له إلا الثالث ، والخامس والسادس بخلاف ما إذا بدأ بصاحب النصف ، فإنه لا يؤدي إلى محدود .

قوله : أما إذا جرت القسمة بالتراضي بأن نصباً قاسماً أو اقتسما بأنفسهما ، ثم ادعى أحدهما غلطًا ، فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة

فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجبار ، وإن اعتبرناه وتراضيا ... إلى آخر ما ذكره .

وهذا الخلاف الذي أحال عليه وهو الخلاف في اعتبار التراضي إذا اقتسما بأنفسهما ، قد تابعه عليه أيضاً في « الروضة » وليس له ذكر في كلامه في هذا الباب بالكلية ، بل في تعليق البنديجي التصريح بأنه لا بد من رضاهما بعد خروج القرعة بلا خلاف ، وذكر - أعني : الرافعي - بعد هذا بأوراق وهو في الكلام على القاعدة الثانية حكاية القولين في ما إذا تراضيا بقاسِم ، ثم نقل عن الشيخ أبي حامد الجزم بالاشتراط في ما إذا اقتسما بأنفسهما ، وأسقطه من « الروضة » ، وذكر في « المذهب » نحو هذا ، وكذلك في « النهاية » أيضاً فقال : لا بد في هذه الصورة من الرّضى ؛ إذ لا متوسط بينهما حتى تكون قسمته مستندة لرضاهما ، ثم قال : هذا هو الظاهر ، وفيه احتمال .

وذكر القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما ما هو أبلغ منه فقالوا : إذا نصبوا من يقسم بينهم وكيلًا عنهم لا بالتحكيم ، فلابد من التراضي بعد خروج القرعة بلا خلاف .

وبالجملة : فقد تظافرت النقول على بطلان ما قاله الرافعي هنا ، وقد وقع في « التنبيه » هنا شيء غريب ، فإنه جزم بعدم الاشتراط وحكي الخلاف في ما إذا نصبَا قاسِماً ، واعتراض عليه في « الكفاية » وقال : إنه لم يره في غير « التنبيه » ، وحيث اشترط التراضي فهل هو ك الخيار العيب حتى يكون على الفور أو ك الخيار المجلس ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي .

قوله : وإن قُسِّمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين ، فإن جعلنا القسمة إقراراً حق : فهي صحيحة ثم تبع الأنصباء في الدين إن لم يوفوه ، وإن جعلناها بيعاً : فيه خلاف سبق في آخر الرهن ، والأظهر صحته . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » ومقتضاه أن القسمة صحيحة على القول الأول سواء حصل الوفاء أم لا ، والذي قاله العراقيون « والبغوي » أن القسمة تنقض لوفاء الدين .

قوله : ولو جرت قسمة ثم استحق من المقسم جزء شائع كالثالث [بطلت ^(١)] القسمة في المستحق ، وفي الباقى طريقان .

قال أبو علي بن أبي هريرة : إنه على الخلاف في تفريق الصفقة ، وهذا ما أورده في « الكتاب » وبه أخذ أكثرهم .

وقال أبو إسحاق : تبطل القسمة قولًا واحدًا ، وبه أجاب الروياني في « الخلية » ؛ لأن المقصود من القسمة وهو التمييز لم يحصل . انتهى .

ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضًا وفيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » لما اختصر هذا الكلام لم يذكر في الطريق الأول أنه على الخلاف في تفريق الصفقة ، بل عبر بقوله : وفي الباقى طريقان ، أصحهما قولان :

أحدهما : تبطل به .

والثاني : تصح ويبتئل الخيار ، وبهذا الطريق قال الأكثرون .

وقال أبو إسحاق : تبطل فيه قولًا واحدًا .

هذا لفظه من غير زيادة عليه ، فلزم منه عدم معرفة الصحيح في المسألة .

الأمر الثاني : أن ما نقله هنا عن الأكثرين من تخريجه على تفريق الصفقة حتى يكون الأصح فيه الصحة عجيب جداً وغلط فاحش ، فقد أمعنت النظر في كلام الأصحاب فوجدتهم على ثلاثة أقسام :

قسم لم يصرح بالمسألة بالكلية ، وهم جماعة منهم ابن سراقة في « التقين » والفوراني في « العمد » و « الإبانة » .

(١) سقط من ب .

وقد ذكرها ولم يصرح فيها بتصحيح ، منهم القاضي أبو الطيب والدارمي في « الاستذكار » والشيخ في « المذهب » وابن الصباغ في « الشامل » والبغوي في « التهذيب » والشاشي في « الحلية » وشريح الروياني في كتابه المسمى « بالروضة » وصاحب « البيان » وصاحب « الذخائر » والعراقي شارح [« المذهب »]^(١) وغيرهم .

وقد ذهبوا إلى البطلان وهم الأكثرون ، منهم الشيخ أبو حامد في « التعليق » وأبو علي البندنيجي في تعليقه المعروفة المسماة « بالجامع » وعبر فيها : بالمذهب ، وسليم الرازي ، وعَبَرَ في « المفرد » : بالصحيح ، والمحاملي وعَبَرَ في « المقنع » : بالأصح ، والماوردي في « الحاوي » وعَبَرَ : بالجمهور ، والشيخ أبو إسحاق في « التنبيه » وأبو نصر البندنيجي في كتابه « المعتمد » جازماً به ، وقال الخوارزمي في « الكافي » والروياني في « البحر » : إنه الأصح ، وجزم به في « الحلية » .

وقال أبو عبد الله الحسين الطبرى في « العدة » : إنه الصحيح ، وقال ابن عصرون في « الانتصار » : إنه الأصح ، وجزم به في « المرشد » وفي كتابه المسمى « بالتنبيه » ، وذكر نحو ذلك جماعة أيضاً ، منهم القاضي الحسين في « تعليقه » وأبو منصور التميمي في كتابه المسمى « بالمسافر » فإنهم جزموا ببطلان القسمة بخروج شيء مستحق ، ولم يفصلوا بين المعين والشائع ، فهذه كتب الأصحاب شاهدة على بطلان ما وقع في الرافعى هنا وتابعه عليه في « الروضة » .

والسبب في وقوع الرافعى في ما وقع فيه أن الإمام قال : ذكر العراقيون في ذلك قولين وخرجوهما على تفريق الصفة . هذه عبارته من غير زيادة عليها ، وهي عبارة توهم الواقف عليها أن العراقيين اقتصرت على هذه

(١) في ب : التنبيه .

الطريقة ، وكأنه أراد أنه وقع ذكرها في كتبهم ، وإلا فنقول : العراقيون كلهم - كما قدمته لك قاطبة - تغلط ما نسب إليهم ، ثم إن الغزالى تابع إمامه على عادته فشرحه الرافعى مغترًا به وبإيهام كلام الإمام ولم يعن [النظر في المسألة] فوقع فيما وقع ، وما يدل على عدم إمعانه أنه اقتصر [من] ^(١) النقول التي نقلها عن أعلام المذهب في كتبهم المبسوطة والمتوسطة والمحضرة على نقل ذلك عن « حلية الروياني » خاصة ، والحاصل : أنه هاهنا لم ينظر غير « النهاية » و « الوجيز » و « الحلية » ، وقد أوضحت لك بطلان مستنده وهو كلام الإمام الوهم .

ولا شك أن المصنف قد لا يبسط في بعض الأوقات فيقلد فيقع في الغلط بسبب ذلك ، فأحمد الله تعالى على التوفيق إلى الصواب .

واعتمد ما ذكرته فقد راجعت في هذه المسألة من المصنفات ما لعله لم يسمع به الرافعى فضلًا عن وقوفه عليه ، وقد ذكرت لك عبارات أكثرها .

نعم صبح الجرجانى في « الشافى » و « التحرير » طريقة ابن أبي هريرة ، وهي التخريج على تفريق الصفة كما وقع في الرافعى ، ورأيت مثل ذلك في « تتمة التتمة » ، ولا أعلم أحدًا غير هذين إلا كلام الغزالى ومن تبعه لأجل الوهم أو الإيهام الواقع في كلام الإمام .

قوله : وإن استحق معين نظر : إن اختص المستحق بنصيب أحدهما أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر بطلت القسمة . انتهى كلامه .

وما قاله من البطلان يستثنى منه ما إذا وقع في الغنية عين لسلم أخذها منه الكفار ولم يعلم بها إلا بعد القسمة ، فإنها ترد على صاحبها ويغوض عنها من وقعت في نصيبه من خمس الخمس ولا تفسخ القسمة ، كما أوضحوه في بابه .

(١) سقط من ب .

قوله : **القسم الأول** : قسمة التعديل فيما يعد شيئاً واحداً كالارض تختلف أجزاؤها لاختلافها في قوة الإنبات أو في القرب من الماء والبعد منه، فيكون ثلثها مثلاً بحوزته مثل ثلثها بالقيمة فيجعل هذا بينهما وهذا بينهما إن كانت بينهما بالتسوية ، وفي الإجبار على هذه القسمة قولان جاريان عند اختلاف الجنس أيضاً كالبستان الواحد بعضه نخيل وبعضه كرم ، والدار المبني بعضها بالأجر وبعضها بالخشب والطين ، والراجح منهما عند صاحب « التهذيب » : هو عدم الإجبار ، لكن العراقيون وغيرهم رجحوا خلافه .

ثم قال : واعلم أنه يشبه أن يكون الخلاف في الإجبار مخصوصاً به ، فإن أمكن أن يقسم كل واحد منهما وحده فلا يجبر على قسمة التعديل كما لو كانا شريكين في أرضين يمكن قسمة كل واحد منهما بالآخر إلا يجري الإجبار على التعديل . انتهى كلامه .

وفي البحث المذكور آخرأً أمران :

أحدهما : في تقريره ، فإن معناه بعيد عن الفهم مع كونه سهل التقرير مستوراً بشيء لطيف ، وصدر البحث واضح ، وأما عجزه فمعناه أنه بتقدير أن لا يكون الخلاف مخصوصاً بهذه الحالة فيجاب أيضاً بتخصيصه ويفتى به ، فالحاصل : أن الفتوى عليه ، أما مع عدم الخلاف أو مع إثباته ، فقد صرخ بذلك في « الشرح الصغير » فقال : ويشبه أن يكون [الخلاف في]^(١) الإجبار مخصوصاً بما إذا لم يكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده ، أو يكون قول الإجبار مخصوصاً به ، فإن أمكن قسمة كل واحد منهما وحده فينبغي أن لا يجبر على قسمة التعديل ، هذه لفظه .

ولما أشكل هذا الموضع على الواقفين عليه تصرفوا في لفظه ، ففي بعضها إسقاط هذا اللفظ ، وهو فإن لم يكن الخلاف مخصوصاً ، وكذلك

(١) سقط من أ.

أسقطه النووي من « الروضة » أيضًا .

الأمر الثاني : أن ما ذكره الرافعي بحثاً واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في « الروضة » غريب جداً فقد جزم به جماعة كبيرة منهم الماوردي في « الحاوي » والشيخ في « المذهب » والروياني في « البحر » والعمرياني في « البيان » .

قوله : وأما الأقرحة إلى آخره .

هي بالقاف والراء والباء المهملتين : مفردها قَرَاح - بفتح القاف - وهي المزمعة التي لا غراس فيها ولا بناء .

كذا قاله الجوهرى في فصل القاف ، وذكر أيضاً في فصل الباء الموحدة أن البراح - بفتح الباء - هي الأرض الواسعة لا زرع فيها ولا شجر ، فيجوز أن يقرأ كلام الرافعي بالوجهين .

قوله : إحداهما : قسمة المشابهات إقرار حق أو بيع ؟ فيه قولان ، قال صاحب « التهذيب » وأخرون : الأصح كونها بيعاً ، وقال الغزالى في الرهن : الأصح كونها إقراراً ، قال صاحب « العدة » : وعليه الفتوى . وهذا يوافقه جواب الأصحاب في مسائل مخرجة على القولين . انتهى .

وحاصله ترجيح الإقرار ، وقد ذكر نحوه في « الشرح الصغير » أيضاً وكذلك في « المحرر » ، فإنه قال : فيه قولان ، ذكر أن الفتوى على الإقرار .

إذا علمت ذلك فقد صح في موضوعين من هذا الكتاب أنه بيع على خلاف ما ذكره هنا :

أحدهما : في زكاة العشرات قبيل الكلام على الخرس بأسطر ، فقال ما نصه : ولأن المقادمة بيع على الصحيح ، وبيع الربط بالربط لا يجوز ، هذا لفظه وذكر أيضاً قبله ما يقتضيه .

والموضع الثاني : في باب الربا في الكلام على طريق المائلة ، فقال : فمن فروعه : أن يريد شريكان في شيء من مال الربا قسمته بينهما ، وهو مبني على أن القسمة بيع أو إقرار حق ؟ فإن قلنا بالأول ، وهو [الصحيح]^(١) ، فلا تجوز قسمة المكيل بالوزن ، ولا قسمة الموزون بالكيل ، وما لا يباع بعضه ببعض كالعنبر والرطب فلا يقسم أصلًا . وإن قلنا بالثاني : جاز ، هذا لفظه .

وقد اختلف كلام النwoي أيضًا في المسألة ، فقال في «المنهاج» هنا : الأظهر أنها إقرار ، وقال في «زوائد الروضة» هنا : إنه المختار ، وقال في «شرح المذهب» في الكلام على قسمة لحم الأضحية : الأصح جوازه ، قال : لأن الأصح أن القسمة إقرار لا بيع ، ثم خالف ذلك كله في باب الربا في الموضع المتقدم ذكره فقال : الأظهر أنها بيع .

قوله : وفي محل القولين طريقان :

أحدهما : أن القولين في ما إذا جرت هذه القسمة بالإجبار ، أما إذا جرت بالتراضي فهي بيع لا محالة .

والثاني : أنهما يطردان إن جرت بالتراضي أو بالإجبار ، وحكم الطريقين صاحب «التهذيب» وقال : الأصح الأول . انتهى كلامه .

وما نقله عن صاحب «التهذيب» من تصحيح الطريقة الأولى تابعه على نقله عنه في «الروضة» أيضًا وهو غلط ، فإن الصحيح في «التهذيب» : تصحيح الطريقة الثانية وهي طريقة القولين مطلقاً ، فإنه قال بعد حكاية القولين وتصحيح كونها بيعاً ما نصه : والصحيح أنه لا فرق بين أن تكون قسمتها بالتراضي أو بالجبر ، أنه على قولين ، وقيل : القرآن في ما إذا

(١) في ب : الأصح .

اقسماً جبراً ، فإن كان بالتراضي فهو بيع له ، قولهً واحداً . هذا لفظ البغوي بحروفه فانعكس على الرافعي .

قوله : لا يجوز قسمة الوقف عن الوقف ، وأما قسمة الملك عن الوقف ، فإن قلنا بيع : لا تجوز ، وإن قلنا إقرار ، جازت .
قال الروياني [: وهو الاختيار . انتهى .

قال في « الروضة » : هذا الذي اختاره الروياني [^(١)] هو المختار ، قال : وهذا إذا لم يكن فيها رد ، وكان رد من أصحاب الوقف ، فإن كان من صاحب الملك لم يجز ، لأنّه يأخذ مقابلة جزءاً من الوقف ، ذكره صاحب « التهذيب » وغيره .

واعلم أن كثيراً من الأصحاب ذكر المسألة في كتاب الوقف .

قوله : القاعدة الثانية : قسمة الإجبار لا يعتبر فيها التراضي لا عند إخراج القرعة ولا بعد خروجها ، ولو تراضى الشركوان بقاسم يقسم بينهما فهل يعتبر التراضي بعد خروج القرعة أم يكفي الرضا الأول ؟ فيه قولان كالقولين في ما إذا حكما رجلاً حكم بينهما ، والذي يميل إليه كلام المعتبرين : أنه يعتبر وذكر أنه المنصوص . انتهى .

وما ذكره هنا من حكاية الخلاف قولين ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، ثم خالف في « المحرر » فجعله وجهين ، فقال : والقسمة التي يجرّر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر فيها تكرير التراضي بعد خروج القرعة ؟ فيه وجهان رجح منها التكرير . انتهى .

وبعبارة « الروضة » : ذكروا عوضاً عن قول الرافعي وذكروا بينهما تفاوت ظاهر .

(١) سقط من أ .

واعلم أن النووي في «النهاج» قد انعكست عليه المسألة فجعل الخلاف في ما لا إجبار فيه ، [فقال في اختصاره لـ«المحرر» : ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه]^(١) اشترط الرضى بعد القرعة على الأصح .

وهذا الكلام فيه اعتراض من وجوه :

منها : ما ذكرناه .

ومنها : أنه ذكر هذه المسألة بعينها قبل ذلك من غير فصل ، فقال : ويشترط في الرد أيضاً الرضى بعد خروج القرعة ، ثم قال : ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه ... إلى آخره ، والذي ليس فيه إجبار هو قسمة الرد فقط؛ لأن قسمة المتشابهات يجبر عليها قطعاً ، وكذا التعديل على الصحيح . ومنها : أنه مع تكراره غاير في الجواب ، فجزم به أولاً ، وحکى فيه الخلاف ثانياً وجعله قويًا فإنه عبر بالأصح .

ومنها : أنه جعل الخلاف المذكور قوياً كما بيّناه ، وهو عكس ما في «الروضة» فإنه جعل الخلاف ضعيفاً عبر بالصحيح ، والمذكور في «الروضة» هو الصواب ، فإنهما في «الشرح» و «الروضة» لم ينقاًل مقابله [إلا]^(٢) عن الإصطخري .

قوله : ولا تجوز المهاية في الحيوان للبون ليحلب هذا يوماً وهذا يوماً ، ولا في الشجرة المشمرة ليكون ثمرها لهذا عاماً ولهذا عاماً ، لما فيه من التفاوت الظاهر . انتهى .

وطريقهما والحاله هذه ما قاله في «الروضة» : أن يتيح كل واحد نصبيه لصاحبه .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

قوله : ولو تقدم جماعة في أيديهم دار أو أرض إلى القاضي فطلبوها القسمة قسمها ولم يقيموا عليه بينة ، ففيه قولان : أصحهما عند الإمام وصاحب « الكتاب » وإليه ميل ابن الصباغ : أنه يجيئهم ، والأصح عند الشيخ أبي حامد وطبقته : أنه لا يجيئهم ويدل عليه أن الشافعي لما ذكر القول الآخر قال : ولا يعجبني هذا القول . انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أن محل هذا الخلاف ما إذا لم يكن لهم منازع ، فإن كان لم يجيئهم قطعاً كما صرخ به الماوردي والروياني وابن الرفعة وغيرهم ، وعلوه بأن قسمة الحاكم إثبات ملكهم واليد توجب إثبات التصرف ولا توجب إثبات الملك .

الثاني : أن الأصح من هذا الخلاف : أنه لا يجيئهم ، كذا صححه النووي في « زوائد الروضة » و « تصحيح التنبيه » ، وهذه المسألة مخرجة على أن تصرفات الحاكم هل هي حكم أم لا ؟ وقد سبق الكلام على هذه القاعدة مطولاً في كتاب النكاح عقب الكلام على الموانع فراجعه .

كتاب الشهادات

وفيه ستة أبواب :

الأول : في الصفات المعتبرة في الشاهد

اعلم أن الرافعي قد ذكر في الباب ألفاظاً .

منها : يوم بعاث : هو يوم مشهور كان فيه حرب بين الأوس والخزرج في الجاهلية ، ويعاث : اسم خص للأوس ، وهو باء موحدة مضمومة وعين مهملة وثاء مثلثة .

ومنها : المعاذف بعين مهملة وزاي معجمة وبالفاء في آخره ، هي : الملاهي ، والعاذف هو الضارب بها ، تقول منه : عزف يعزف عزفاً .

ومنها : الحُداء ، وهو الشّعر الذي تساق به الإبل ، هو بضم الحاء المهملة وبالملد وكسر الحاء لغة .

ومنها : الصنج ، بصاد مهملة مفتوحة ونون ساكنة وبالجيم ، وهو معروف .

ومنها : الزفن ، اسم للرقص ، وهو بزاي معجمة مفتوحة وفاء ساكنة وبالنون .

ومنها : الشبب بالشيء - أي التعرض - به هو بشين معجمة وباءين موحدتين .

ومنها : الربّقة ، بكسر الراء وبالباء الموحدة وبالقاف ، تقدم إياضاحه في أول قتال البعثة .

ومنها : في الحديث : « لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ظنين في

قرابة »^(١) أي : منهم ، وروي : « ولا ذي غمر على أخيه ». أما الظنين : فإنه بالظاء المعجمة المشالة ، قال الله تعالى : « وما هو على الغَيْبِ بِظَنْنِينِ^(٢) » وقرأ بالضاد غير المشالة ، وهو النخيل . والغمَر : بكسر الغين المعجمة ، هو : الحقد والغل ، يقال : غمر صدره على - بالكسر يَغَمِر - بالفتح - غَمِرًا - بفتح الغين وكسرها . قوله : وعد صاحب « العدة » من الكبار ت تقديم الصلاة على وقتها ، وتأخيرها عن وقتها ، ثم قال في آخر الكلام : إن في « التهذيب » حكاية وجه أن ترك الصلاة الواحدة ليس كبيرة ، وإنما يفسق به إذا اعتاده . انتهى . فيه أمران :

أحدهما : أن عدّ تقديم الصلاة على وقتها من ذلك لا تحقيق له ؛ لأنّه إن كان يعتقد الجواز فلا كلام فيه ، وإن كان عالماً بالمنع فالصلاحة فاسدة ، وحينئذ فإن صلاتها في وقتها فالتحريم وقع لكونه أتى بصلوة فاسدة ،

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٠١) وابن ماجة (٢٣٦٦) وأحمد (٦٦٩٨) والدارقطني (٤ / ٢٤٤) وعبد الرزاق (١٥٣٦٤) والبيهقي في « الكبرى » (٢٠٣٥٥) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .
قال الحافظ : إسناده قوي .
وقال الألباني : حسن .

وأخرجه الترمذى (٢٢٩٨) والدارقطني (٤ / ٢٤٤) والبيهقي في « الكبرى » (٢٠٣٥٧) وابن عدي في « الكامل » (٧ / ٢٥٩) وابن حبان في « المجرورين » (٣ / ١٠٠) من حديث عائشة رضي الله عنها .

قال الترمذى : هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد المشتكي ، ويزيد يضعف في الحديث .
وقال الألباني : ضعيف .

(٢) سورة التكوير (٢٤) وهي قراءة ابن كثير وأبي عمرو والكسائي ومعنى (بظنين) أي : بمنتهم . الحجة (٦ / ٣٨٠) .

فينبغي التعبير به ولا يقتصر على هذه الصورة الشاذة النادرة ، وإن لم يصلها في وقتها فالعصيان بالتأخير وبالصلة الفاسدة أيضًا .

الأمر الثاني : أن الصحيح في ترك الصلاة الواحدة أنه كبيرة ، كذا جزم به الرافعي وغيره في الكلام على قتل تارك الصلاة ، وكلامه وكلام «الروضة» هنا لا يؤخذ منهما تصحيح ، ولم ينص عليها في «المحرر» ولا في «الشرح الصغير» .

قوله في «الروضة» : ومنها - أي : من الكبار - الدياثة والقيادة . انتهى .

الدياثة بالثاء المثلثة بعد الألف هي أن يكون له جارية تغنى فيجمع الناس عليها لسماع غنائها إما بإحضار الناس إليها أو بإحضارها إلى الناس ، كذا فسره به الشافعي ، واسم الفاعل منه دَيْوَث .

وفي الرافعي ذكر القيادة وتفسيرها بالتفسير المعروف ، وهو الجمع بين الرجال والنساء ، وقد فسر هذه الألفاظ في أواخر تعليق الطلاق بما لا يطابق المذكور هنا ، فقال : قال في «التتمة» : القواد من يحمل الرجال إلى أهله ويخلّي بينهم ، ويُشَبِّهُ أن لا يختص بالأهل ، قال : وفيها أن القرطباي هو الذي يعرف من يزني بزوجته ويُسْكِتُ عليه . وفيها أيضًا : أن الدَّيْوَثَ من لا يمنع الناس الدخول على زوجته ، وقال في «الرقم» : هو الذي يشتري جارية تغنى للناس . هذا كلامه .

قوله : ومن الصغار - كما قاله صاحب «العدة» - السكوت على الغيبة ، والبيع والشراء في المسجد ، وإدخال الصبيان والمجانين والنجاسات إليه ، وإماماة قوم يكرهونه لعيب فيه ، والعبث في الصلاة ، والضحك فيها والتغوط مستقبل القبلة أو في طريق المسلمين . انتهى موضع الحاجة من كلامه .

فأما ما ذكره في السكوت على الغيبة فمنافق لما ذكره في تعداد الكبار

فإنه جعل منها ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهو منافق لما نقله هنا من كونه من الصغار ، وإن كان هو الصواب ؛ ولهذا توقف فيه الرافعي ، وأما باقي المسائل فإن الرافعي قد نقل معها عن صاحب « العدة » مسائل أخرى ، فاعتراض عليه في بعضها وارتضى باقي ، وهذه المسائل من جملة ما ارتباه وليس كذلك .

فأما البيع والشراء في المسجد ، فقد قال في كتاب الاعتكاف : إنه إن كثر فيكره ولا يحرم ، وإن لم يكثر فلا يكره ، وهذا مع ما قاله هناك في غاية التباهي ، إلا أن النووي قد خالفه هناك في ما إذا لم يكثر ، وقال بالكرابة ، ونقله عن نصه في « البوطي » ، وأما إدخال الصبيان والمجانين فيه فعجب ، فقد جزم هو وغيره بإدخالهم في أشرف المساجد وهو المسجد الحرام ، وقالوا : إنه يجوز أن يحرم عنه وليه ويطوف به ، وأغرب منه تجويزه إدخال البهيمة فيه للطواف عليها من غير كراهة ، وإن لم يكن لعذر ، وأما الإمامة بمن يكره والعبث في الصلاة والتغوط في الطرق فمكروه على ما سبق في أبوابها ، وكذا التغوط مستقبل القبلة ، إن كان في البنيان ، ولم يستدرك النووي عليه في إماماة من يكرهه ، واستدرك عليه باقيها وقيد جواز إدخال الصبيان المساجد بما إذا لم يغلب تنجيسيهم له .

قوله من « زوائد » : المختار أن تخطي الرقاب حرام للأحاديث فيه .
انتهى .

وما ذكره هنا من ترجيح التحرير مخالف لما سبق في باب صلاة الجمعة من « الروضة » و « شرح المذهب » وغيرهما ، فإنه جزم فيها بالكرابة ، وقد تقدم بسطه هناك فراجعه .

قوله أيضاً من « زوائد » : ومن الصغار استعمال النجاسة في البدن لغير حاجة . انتهى .

وتقييده بالبدن يشعر بالجواز في الثوب ، وقد اختلف فيه كلامه كما

تقديم إيضاحه قُبيل صلاة العيد في باب ما يجوز للمحارب لبسه .

قوله : وما هو الإضرار السالب للعدالة ؟ أهو المداومة على نوع من الصغائر أم الإكثار منها سواء كانت من نوع واحد أو من أنواع مختلفة ؟

يواافق الثاني قول الجمهور من تغلب طاعاته معاصيه كان عدلاً ، وعكسه مردود الشهادة ولفظ الشافعي قريب منه ، وإذا قلنا به لم تضر المداومة على نوع واحد من الصغائر إذا غلت الطاعات ، وعلى الاحتمال الأول تضر . انتهى .

هذا الكلام ظاهر الخلل ، فإن مقتضى الاحتمالين : أن المداومة على نوع واحد مؤثر .

وأما على الاحتمال الأول : فلأن السالب للعدالة شيء واحد وهو المداومة على النوع الواحد وقد وجد .

وأما على الثاني : فلأن السالب أحد شيئين :

أحدهما : الإكثار من النوع فإذا داوم عليه فقد وجد المقتضى لسلب العدالة أيضاً وهو أحد السببين ، بل وجد ما هو أعم منه ، فإن المداومة على شيء أبلغ من الإكثار منه قطعاً ، والذي يظهر أن ثمرة العبارتين إنما هي في المداومة على الصغيرة من أنواع إذا غلت على الطاعات ، فعلى الثاني يضر دون الأول ، ووجه كونه لا يسلب أن الشخص يسبق عليه غالباً إمساك نفسه عن المرة الواحدة من النوع ، فلو سلينا بها لانضمامها إلى مثلها من نوع ومثلها من نوع آخر لأدى إلى المشقة والخرج ون دور من يتصف بالعدالة ، بخلاف المداومة على النوع الواحد ، فإن كف النفس عنه سهل ، والإقدام عليه لا يعد فرطة وغفلة ، ويدل على ما ذكرناه أنه قد خالف ما ذكره هنا ، وجزم في مواضع بأن المداومة على النوع الواحد تصير كبيرة ، منها في كتاب النكاح في الكلام على الأولياء ، وفي كتاب الرضاع ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه ، وفي « أدب القضاء » للدبلي وجه : أن

الصغرى لا تصير كبيرة بالإصرار عليها .

قوله : ولو شغله اللعب بالشطرنج حتى خرج الوقت وهو غافل ، فإن لم يتكرر منه ذلك لم ترد شهادته ، فإن كثرة تكرر فسوق وردت شهادته ، ثم قال : هكذا ذكروه وفيه إشكال لما فيه من تعصية الغافل الساهي ، ثم قياسهطرد في شغل النفس بسائر المباحث . انتهى كلامه .

وهذا الإشكال الذي ذكره الرافعي ولم يجب عنه وتابعه عليه في «الروضة» قد ذكره الشافعي في «الأم» وأجاب عنه ، وقال في شهادة أهل اللعب ما نصه : فإن قيل فهو لا يترك وقتها للعب إلا وهو ناس .

قيل فلا يعود للعب الذي يورث النسيان فإن عاد له وقد جربه يورثه ذلك ، فذلك استخفاف هذا لفظه بحروفه .

قوله : وفي «المذهب» اشتراط التكرار في إخراج الصلاة عن الوقت وإن كان مع العلم وهذا خلاف ما قدمنا أن إخراج الفريضة عمداً عن الوقت من الكبائر . انتهى كلامه .

تبعد عليه في «الروضة» وهو يقتضي أنه لم يتقدم له هناك ذكر هذا الوجه وليس كذلك بل قد صرخ به فقال : وفي «التهذيب» حكاية وجه أن ترك الصلاة الواحدة إلى أن يخرج وقتها ليس بكبيرة وإنما ترد الشهادة به إذا اعتاده ، هذا لفظه .

وعذر الرافعي في عدم استحضاره هنا أنه لم يذكره هناك عند ذكره للصلاحة ، وإنما ذكره في آخر الكلام على الكبائر .

واعلم أن في «مهذب الشيخ أبي إسحاق» الجزم بأنه صغيرة وهي «تهذيب البغوي» حكايته وجهاً فاعلمه واحذر من التحريف .

قوله : وأما النرد فهو حرام في أصح الوجهين لقوله عليه الصلاة والسلام :

« من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير »^(١) ، قال : وعلى هذا فقد حكى الإمام عن الشيخ أبي محمد أنه من الصغائر ، قال : والصحيح : أنه من الكبائر . انتهى كلامه .

والصحيح ما قاله الشيخ أبو محمد ، كذا رجحه الرافعي في آخر الفصل قبيل الكلام على شرب الحنفي النبيذ فقال : ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل كالنرد وسماع الأوتار واستعمال الحرير هل هو كبيرة أو صغيرة؟ فيه وجهان :

ثم قال : يميل كلام الإمام إلى ترجيح أولهما ، والأشبه الثاني ، وهو المذكور في « التهذيب » وغيره . هذا لفظه .

ورجحه أيضاً في « الشرح الصغير » .

والحديث المذكور رواه مسلم في صحيحه ، والدال من النردشير مفتوحة كما اقتضاه كلام القاضي عياض في « مشارق الأنوار » على الكلام على النون مع الرواشين بالشين المعجمة المكسورة ، هو أول ملوك الفرس ، وكان قد وضع له النرد فنسب إليه .

قوله : فروع : قال في « الأم » : وأكره اللعب باللحزة والقرق ، فاللحزة قطعة من الخشب يحفر فيها حفر في ثلاثة أسطر ويجعل في الحفر حصى صغار يلعب بها ، وقد تسمى الأربعية عشرة ، والقرف أن يخط على الأرض مربع ويجعل في وسطه خطان كالصلب ويجعل على رؤوس الخط حصى صغار يلعب بها .

واللفظ فيمارأيت بخط القاضي الروياني بفتح القاف والراء ، وببعضهم قيد بكسر القاف وإسكان الراء ، ولم أجدها في كتب اللغة بهذا المعنى .

نعم في « الصحاح » أن القرق بكسر الراء ، هو المكان المستوى ومعلوم أن

(١) أخرجه مسلم (٢٢٦٠) من حديث بريدة رضي الله عنه .

الخط للعب يقع غالباً في المكان المستوي ، فيمكن أن يكون ما نحن فيه من هذا وأن يكون اللفظ كما ذكره .

وأما الحكم : ففي «الشامل» : أن اللعب بهما كالللعب بالنرد ، وفي «تعليق أبي حامد» : أنه كالشطرنج ، ويشبه أن يقال ما يعتمد فيه على إخراج الكعبين أي الحصا ونحوه فهو كالنرد ، وما يعتمد فيه على الفكر فهو كالشطرنج . انتهى كلامه .

وهذا التخريج الذي ذكره - رحمه الله - في آخر كلامه يؤخذ منه ترجيح الجواز فيهما معاً ، لأن الحزة بالحاء المهملة هي المسماة في إقليم مصر بالنقلة ، والفرق يسمى بشطرنج المغاربة ، وكلاهما يعتمد فيه على الفكر لا على شيء يرمي ، وقد أسقط النووي من «الروضۃ» هذا الترجيح ، وكأنه سقط من قوله : كالشطرنج . . . إلى قوله : كالشطرنج .

قوله : وأما القسم الأول - أي : الغناء بمجرد الصوت - فهو مكروه وسماعه مكروه والسماع من الأجنبية أشد كراهة ، وحكى القاضي أبو الطيب تحريره ، وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها هل هو عورة؟ هذا هو المذهب المشهور في الغناء وسماعه ، وحكى الزاز ووراوه وجهين : أحدهما : أنه يحرم كثيرة دون قليله .

وثانيهما : أنه حرام على الإطلاق . انتهى .

واعلم أن هذين الوجهين اللذين أشار إليهما بقوله ووراوه وجهين ، ليسا خاصين بالمرأة ، وإنما لزم أن يكون الوجه الثاني منهم مكرراً .

[وليسا أيضاً خاصين بالغناء ، فإن مقتضى عبارة الرافعي المتقدمة جريانهما]^(١) في السمع أيضاً .

إذا علمت ذلك ففيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من البناء على أن صورة المرأة هل هي عورة أم لا ؟

يقتضي اختصاص الخلاف في الغناء بالحرة ، فإن صوت الأمة ليس بعورة بلا خلاف ، والخلاف لا يختص بها ، بل يجري في الأمة أيضاً ومن جزم بالتحرير في الأمة الغزالي .

الثاني : أن ما صححه هنا في غناء المرأة من عدم التحرير ، قد ذكر ما يخالفه في ثلاثة مواضع من هذا الكتاب :

أحدها : في البيع .

وثانيها : في الغصب .

وثالثها : في الصداق ، وقد سبق إيضاح ذلك في أوائل البيع فراجعه .

الثالث : أن القاضي أبا الطيب قد نص في باب الم ERA من تعليقه على الإباحة ، وهو لا ينافي ما نقله عنه الرافعي ، فإن مدلوله الحكاية عن غيره وهو كذلك فإن القاضي المذكور نقل عن الأصحاب تحريره من المرأة مطلقاً ، قال : سواء كانت حرة أو أمة ، كذا رأيته في مصنف له في الغناء .

وأما في هذا الباب من تعليقه فإنه صرخ بسماعه من أمته ، وقال : إنه لا يكره وسكت عن الأجنبية .

ولا شك أن الزوجة في معنى الأمة ، وكذا المحرم على ما ذكره في «الحاوي» ، كذا ذكره في الكتاب الثاني من الكتابين المعقودين للشهادات .

قوله : القسم الثاني : أن يتغنى بعض آلات الغناء بما هو من شعار شاربى الخمر وهو مطرب ، كالطنبور والعود والصبح وسائر المعاوز والأرقام يحرم استعماله واستماعه . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه لم يصرح بالحكم في الغناء في هذه الحالة مع أن الكلام إنما سيق له وهو مراده بلا شك ؛ ولهذا عبر في «المنهاج» بقوله : ويكره الغناء بلا آلة وسماعه .

الأمر الثاني : أن القياس في الغناء المضموم إلى الآلة المحرمة ، تحريم الآلة فقط وبقاء الغناء على كراحته ، ولكن وقع فيه تعارض عجيب تقدم إياضاه في أواخر باب تعليق الطلاق فراجعه .

وقد ذكر الإمام في الكلام على الشطرنج إذا انضم إليه بهتان أو ترك صلاة ونحو ذلك هذا الاعتراض بعينه وهو واضح .

قوله : وفي اليراع وجهان صحيح البغوي التحرير والغزالى الجواز وهو الأقرب . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح أو الصحيح تحريم اليراع وهي التي يقال لها : الشبابة ، من صاحبه البغوي وغيره ، وقد صنف الدولى كتاباً في تحريمه مشتملاً على نفائس والله أعلم .

وفيما قاله في « الروضة » أمران :

أحدهما : أن اليراع بفتح الياء المثناة من تحت وتخفيض الراء وبالعين المهملة جمع يراعة أو اسم جنس واحد يراعة ، قاله النووي في « تهذيبه » ، وقال الجوهرى : اليراع القصب واليراعة القصبة .

وإذا علمت ذلك علمت أن اليراع متعدد وحيثئذ فلا يصح تفسيره بالفرد وهي الشبابة بالباء .

الثانى : أن نقل المنع من زوائدہ عن البغوي عجيب فقد ذكره الرافعى وليس ببعيد بل قبل ذلك بنحو سطر ثم إن المقام يقتضي أن النووي لو استحضر قائلاً بالتحريم غير من ذكره لصرح به .

واعلم أن المنع قد رجحه الشيخ أبو حامد فقال : إنه القياس ، وصححه الخوارزمي في « الكافي » وجزم به ابن عصرون ، وأما الجواز فقال به الماوردي والخطابي والرويني ومحمد بن يحيى في « المحيط » .

قوله : وأما القراءة بالألحان فقد قال في «المختصر» : لا بأس، بها وعن روایة الربيع بن سليمان الجیزی : أنها مکروھة ، وليس في هذا اختلاف قول عند عامة الأصحاب ، ولكن موضع الكراهة أن يفرط في المد وفي إشباع الحركات حتى يتولد من الفتحة ألف ومن الضمة واو ومن الكسرة ياء ، أو يدغم في غير موضع الإدغام ، فإن لم ينته إلى هذا الحد فلا كراهة ، وفي «أمالی أبي الفرج» وجہ : أنه لا كراهة وإن أفرط . انتهى كلامه .

وقد تلخص منه أن المعروف في المذهب إنما هو الكراهة ؛ ولهذا لم ينقل التحرير عن أحد بالكلية ، ويريده أيضًا ما نقله الربيع المرادي في «الأم» عن الشافعی ، فقال في باب شهادة القاذف الذي هو قبل كتاب القاضي ما نصه : قال الشافعی : ولا بأس بالقراءة بالألحان . هذا لفظه بحروفه ، وقد ذكر الشافعی بعد هذا بكراريس باباً آخر في شهادة القاذف ، فلأجل هذا احترزت بالتقيد السابق .

إذا علمت ذلك فقد قال في «الروضة» من «زوائدہ» : وال الصحيح التحرير إذا أفرط على الوجه المذكور ، صرخ به صاحب «الحاوي» فقال : هو حرام يفسق به القارئ ، ويائمه المستمع لأنه عدل به عن نهجه القويم ، وهذا مراد الشافعی بالكراهة والله أعلم .

وإذا تأملت ما تقدم علمت أن تصحيح النووي في هذه المسألة ضعيف مخالف لكلام الشافعی والأصحاب فلا معول عليه ، ثم إن القول بالتفسيق بتقدير التحرير مشكل لا دليل عليه بل الصواب على هذا التقدير أن يكون صغيرة .

واعلم أن الربيع الجیزی لم يقع له ذكر في الرافعی إلا في هذا الموضع ، والمترکرر إنما هو الربيع المرادي راوي «الأم» ، والجیزی بجمیع مکسورة منسوب إلى البلد المقابلة لمدينة مصر كما أوضحته في مقدمة الكتاب والطبقات .

قوله : بل المزمار العراقي وما يضرب به الأوتار حرام بلا خلاف . انتهى .

وإطلاق عدم الخلاف في الأوتار تبعه عليه في « الروضة » أيضاً وليس كذلك ، فقد حكى الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » وجهاً : أن العود بخصوصه حلال لما يقال : إنه ينفع من بعض الأمراض ، بل رأيت في كتاب « السماع » لأبي الفضل محمد بن طاهر المقطسي أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي من كان يبيع ذلك [ويحضره] ^(١) ، إن كان لم يذكر ذلك في تصانيفه الفقهية لكونها مصنفة على المذهب المعروف .

قوله : وأما الدف فضربه مباح في الأملالك والختان سواء كان فيه جلاجل أم لا ، ففي الحديث « أعلنا النكاح واضربوا عليه بالغربال » ^(٢) يعني : الدف ، وأما غيرهما ففي « المذهب » و « التهذيب » وغيرهما ، تحريره ، ومنهم من أطلق حله وعلى ذلك جرى الإمام وصاحب الكتاب . انتهى .

لم يرجح شيئاً في « الروضة » أيضاً والراجح الحل ، فقد قال الرافعي في « المحرر » : إنه أقرب الوجهين ، وفي « الشرح الصغير » : إنه أشبههما ، وقال النووي في « المنهاج » : إنه الأصح ، والغربال بكسرة الغين المعجمة .

قوله : ولا يحرم من الطبل إلا الطبل الذي يسمى « الكوبة » ، فإنه حرام

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه أحمد (١٦١٧٥) وابن حبان (٤٠٦٦) والحاكم (٢٧٤٨) والطبراني في « الأوسط » (٥١٤٥) والبيهقي في « الكبرى » (١٤٤٦٣) وأبو نعيم في « الخلية » (٨ / ٣٢٨) من حديث الزبير بن العوام ثنا بشاش بسنده حسن ، بل فقط : « أعلنا النكاح » أما زيادة « واضربوا عليه ... » أخرجهما ابن ماجة (١٨٩٥) وسعيد بن منصور (٦٣٥) والبيهقي في « الكبرى » (١٤٤٧٥) وأبو نعيم في « الخلية » (٣ / ٢٦٥) وإسحاق بن راهويه في « مستنده » (٩٤٥) والخطيب في « تاريخ بغداد » (٤ / ١٣٧) وابن عدي في « الكامل » (٣ / ٦) من حديث عائشة بسنده ضعيف ، فيه خالد بن إلياس ، اتفقوا على ضعفه .

لما روي أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال : « إن الله حرم على أمتي الخمر والميسر والكوبية » ^(١) في أشياء عددها ، والكوبية : الطبل الطويل المتسع لطرفين الضيق الوسط . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن إباحة غير الكوبية من الطبول ذكره الغزالى فتابعه عليه الرافعى ، وال موجود لأئمة المذهب وهو التحرير فى ما عدا الدف ، فقد ذهب إليه القاضى الحسين والبندينى جى فى تعليقهما ، والحلimi فى « المنهاج » والماوردي فى « الحاوي » والشيخ أبو إسحاق فى « المذهب » وأبو عبد الله الحسين الطبري فى « العدة » والرويانى فى « البحر » والبغوى فى « التهذيب » والخوارزمى فى « الكافي » والعمراني فى « البيان » والشهرودزوري فى « الذخيرة » وابن أبي عصرون فى « التنبيه » وفي « الانتصار » و« المرشد » ومجلى فى « الذخائر » ونقله فى « الاستقصاء » عن الشيخ أبي حامد .

الأمر الثاني : أن تفسير الكوبية بالطبل خلاف المشهور فى كتب اللغة ، قال الخطابى : غلط من قال الكوبية الطبل ، بل هي النرد ، وذكر مثله ابن الأعرابى والزمخشري ، وصححه ابن الأثير فى « النهاية » .

قوله في « الروضة » : أو الطبول التي تهياً للاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار فهي كالدف وليس كالكوبية بحال . انتهى . وهذا الكلام على هذه الكيفية نقله الرافعى عن الإمام ، ولا يؤخذ منه الحكم فيها .

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٨٥) وأحمد (٦٤٧٨) والبزار (٢٤٥٤) والبيهقي في « الكبرى »

(٢٠٧٨١) والطحاوى في « شرح المعانى » من حديث ابن عمرو ذَوَّقَهُ .

قال الشيخ الألبانى : صحيح .

قلت : وفي الباب عن ابن عباس ، وأبي هريرة ، وقيس بن سعيد بن عبادة .

قوله : والرقص ليس بحرام ، وقف رسول الله ﷺ لعائشة ليسترها حتى تنظر إلى الحبسة وهم يلعبون ويزفون .

والزفن : هو الرقص ، قال الخليمي : الرقص الذي فيه تكسر وتشن يشبه أفعال المختين ، حرام على الرجال والنساء . انتهى .

ذكر في « الروضة » نحوه أيضاً .

وفيه أمور :

أحداها : أن الذي نقله الرافعي عن الخليمي هو الصحيح عنده وعند النووي ، فقد جزم به في « الشرح الصغير » و « المحرر » وتابعه عليه النووي في « المنهاج » .

الثاني : أن الذي قاله الخليمي في « المنهاج » أنه إن لم يكن فيه تش وتكسر فلا بأس به ، ولم يزد عليه ولا يلزم منه تحريمه ، فقد يكون مكروراً عند الثنبي والتكسر ، مباحاً عند فقدهما .

وبتقدير ثبوت التحريم عنه فمعارض بالشيخ أبي علي ، فإنه قال كما نقله عنه ابن أبي الدم في « شرح الوسيط » : إن كان فيه تش وتكسر فمكرورو وإلا فلا بأس به .

الثالث : لم يبين الرافعي - رحمه الله - حكم الرقص الذي ليس فيه تش ولا تكسر هل هو مكرور أو مباح ؟ فإنه عبر بقوله لا يحرم كما تقدم .

والمسألة مختلف فيها ، فذهب الفقّال كما حكاه عنه في « البحر » إلى الكراهة ، وقال الأستاذ أبو منصور : إن تكلّف الرقص على الإيقاع مكرور ، قال الفوراني في « العمد » : الرقص مباح ، وكذلك الغزالى في « الوسيط » وهو مقتضى كلام الشيخ أبي علي والخليمي كما تقدم نقله عنهم ، وأشار القاضي حسين في « تعليقه » والغزالى في « الإحياء » إلى

أنه إن كان من أهل الأحوال الذين يقومون بوجد فيباح لهم ويكره لغيرهم ، وصرح به الأستاذ أبو منصور ، وجزم أبو الفضل الحاجري بالتحريم إذا كان كثيراً . ذكره في كتابه المسمى « بالكافية » .

واعلم أن الزفن الذي فسره الرافعي بالرقص هو بالزاي المعجمة والفاء وبالنون كما تقدم إيضاحه قريراً .
والحديث أخرجه البخاري ومسلم .

قوله : **وقال الشافعي** ضعفه : **الشعر** كلام حسنة كحسنه وقبيحه كقبيحه .
انتهى .

وهذا المقول عن الشافعي قد رواه البيهقي حدثاً مرفوعاً إلى النبي ﷺ (١) ، ونقله عنه النووي في كتاب الحج من « شرح المذهب » .

قوله : **إِذَا هَجَّا الشَّاعِرُ** في شعره بما هو صادق فيه أو كاذب ردت شهادته كذلك قال القاضي الروياني . انتهى .

ويستثنى من ذلك هجو الكفار فإنه يجوز كما قاله الروياني وغيره ، لأنه عليه الصلاة والسلام أمر حسان بهجاء الكفار ، ومقتضى إطلاقه أن لا فرق فيهم بين الجماعة والواحد معيناً كان أو غير معين ، والقياس في الفاسق المظاهر كذلك .

قوله : **فِإِنْ كَانَتْ** التي يسب بها جاريته أو زوجته ، **فَمِنَ الْأَصْحَابِ** من قال : إنه يجوز ولا ترد شهادته ، [وهذا القائل يقول لو لم تكن المرأة معينة لا ترد شهادته] (٢) لجواز أن يريد من تحمل له ، ومنهم من قال : ترد شهادته إذا

(١) أخرجه الشافعي (١٦٨٧) والبيهقي في « الكبرى » (٨٩٦٣) من حديث هشام بن عروة عن أبيه مرفوعاً .

وضعفه البيهقي والحافظ ابن حجر .

(٢) سقط من أ .

كان يذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء ، لأنه مسقط للمروءة ، وهذا هو الحق . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره بحثاً من ترجيح هذا الوجه وتابعه عليه في « الروضة » قد نص الشافعي على خلافه نصاً صريحاً فقال في « الأم » في باب شهادة الشعراء ما نصه : ومن سب فلم يسم أحداً لم ترد شهادته ، لأنه يمكن أن يسب بامرأته وجاريته ، هذا لفظه بحروفه ومن « الأم » نقلته ، ونقل في « البحر » عدم الرد عن جمهور [الأصحاب] ^(١) .

قوله في أصل « الروضة » : ومنه - أي ما يدخل [بالمروءة - أن يقبل امرأته أو جاريته بحضورة الناس ، أو يحكى ما جرى بينهما] ^(٢) في الخلوة أو يكثر من الحكايات المضحكة . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره من كراهة حكاية ما يجري له معهما ، ذكر مثله أيضاً في آخر الباب التاسع من أبواب النكاح ، فقال : ويكره أن يحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته ، لكن جزم في « شرح مسلم » بما يخالف ذلك ، فقال في كتاب النكاح في باب تحريم إفشاء سر المرأة : ويحرم على الرجل أن يظهر ما جرى بينه وبين امرأته من أمور الاستمتاع ووصف تفاصيل ذلك وما يجري من المرأة من قول أو فعل لما رواه مسلم « إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيمة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها » ^(٣) قال : وأما مجرد ذكر الجماع فمكره إلا لفائدة .

قوله : وفي أهل الحرف الدينية وجهان :

أصحهما : قبول شهادتهم ، ثم قال بعده قال الغزالى : والوجهان هما في من تليق به وكانت بصنعة آبائه ، فأما غيره فتسقط مرءوته بها ، وهذا

(١) في أ : الصحابة .

(٢) سقط من أ .

(٣) أخرجه مسلم (١٤٣٧) من حديث أبي سعيد الخدري ثقلي .

حسن . انتهى .

جزم الرافعي في « الشرح الصغير » و « المحرر » بما قاله الغزالى وتبعه النووى في « المنهاج » ، وقال في « الروضة » من « زوائد » : لم يتعرض الجمهور لهذا القيد ، وينبغي أن لا تقييد بصنعة آبائه ، بل ينظر هل تليق به هو أم لا ؟

قوله : وإن اعتاد ترك السنن الرواتب أو تسبيحات الركوع والسجود ردت شهادته ، كذا ذكره في « التهذيب » ، وحکى أبو الفرج الزاز في غير الوتر وركعتي [الفجر] ^(١) من الرواتب وجهاً : أن الشهادة لا ترد . انتهى :

وحاصله حکایة الخلاف من غير ترجيح في ما عدا الوتر وركعتي الفجر ، وصح في « الروضة » فيما الرد أيضاً ، ولم يتبه على أنه من « زوائد » بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له ، وسببه أنه حذف النقل عن صاحب « التهذيب » فلزم منه ما ذكرناه .

قوله : ولو شهد أن زيداً جرح مورثه لم تقبل للتهمة ، ولو شهد بمال آخر لوريثه المجروح أو المريض ، إن شهدوا بعد الاندماج : قبلت ، وكذا قبله على الأصح . انتهى كلامه .

وهو يوهم أن الشهادة بجرح مورثه لا يأتي فيها التفصيل بين الاندماج وعدمه وليس كذلك ، بل التفصيل يجري فيه أيضاً ، كذا ذكره في آخر الجنایات في باب الشهادة على الدم ، وذكر هناك خلافاً في أن الاعتبار بالإرث هل هو بحالة الشهادة أم لا ؟ قال ابن عصرون في كتابه « المرشد » و « الانتصار » : لو كان على المجروح دين يستغرق أرش الحراحة : قبلت شهادة وارثه بها لانتفاء التهمة ، وفيما قاله نظر لأن الدين لا يمنع الإرث .

(١) سقط من أ .

قوله : ولا تقبل شهادة الوكيل للموكل في ما هو وكيل فيه . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » وهو يقتضي اختصاص المنع [بحالة]^(١) بقاء الوكالة ، حتى لو عزل نفسه ثم شهد قبلت شهادته ، وليس الأمر في ما دل عليه كلامه بعد العزل على إطلاقه ، بل فيه تفصيل ذكره المصنف في الباب الثاني من أبواب الوكالة ، وهو أنه إن كان قد خاصم : لم تقبل للتهمة : وإن لم يخاصم ، قبلت ، وقيل : لا تقبل مطلقاً ، وقيل بقبولها مطلقاً ، وهذا الثالث قال الإمام : إنه قياس قول المراوزة ، ثم قال - أعني : الإمام : إن هذا كله إذا جرى الأمر على تواصل ، فإن طال الفصل فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه ، هذا معنى كلام الرافعي هناك ، وقد ذكر صاحب « البيان » في كتاب الوكالة مسائل لها تعلق بما يجيء فيه أحبت ذكرها فقال : فرع : وإذا ادعى الوكالة وشهد له بها شاهدان أحدهما ابن الآخر : قبلت شهادتهما ، لأن القرابة تمنع إذا كانت بين الشاهد والمشهود له ، فأما إذا كانت بين الشاهدين فلا تؤثر وإن شهد بالوكالة ابن الوكيل أو أبواه [أو أبوه]^(٢) وابنه لم نحكم بشهادتهما ، لأنهما يثبتان له التصرف فلم يقبلأ كما لو شهدا له بمال ، وإن شهد له بالوكالة أبو الوكيل أو ابنه ، فذكر الشيخ أبو حامد - رحمه الله - أنهما لا يقبلان ؛ لأنهما يثبتان بذلك التصرف عن الموكل ويستحق الوكيل بذلك المطالبة بالحق ، وما يثبت بقوله يثبت بشهادة قرابتة عليه كالإقرار ، فأما إذا ادعى الوكالة فأنكر الموكل فشهد عليه أبواه أو ابنه فتشتبه الوكالة ويضي تصرفه ؛ لأن ذلك شهادة عليه وهكذا إذا أنكر من عليه الحق وكالة الوكيل فشهاد ابن من عليه الحق أو أبواه قبلت شهادتهما ، [لأنهما يشهادان عليه] .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قوله : جل الفقهاء من أصحابنا وغيرهم ينتنون [١) من تكفير أهل القبلة .

نعم اشتهر عن الشافعي - رحمه الله - تكfir الذين ينفون علم الله تعالى بالمدعوم ويقولون ما يعلم الأشياء حتى يخلقها .

ونقل العراقيون عنه : تكfir النافين للرؤبة والقائلين بخلق القرآن ، وتأوله الإمام فقال : وظني أنه ناظر بعضهم فألزمهم الكفر في الحجاج ، فقيل : إنه كفراهم . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه قد تقدم منه في أوائل الردة عن المتولي كلام ظاهره مخالف لهذا فينبغي أن يعلم ، وظاهر كلام الرافعية ، يوهم عد تكfir الفريق الأول وليس كذلك ، لا جرم أن التووي استدركه في « الروضة » فقال : أما تكfir منكري العلم بالمدعوم أو بالحرثان فلا شك فيه ، وأما من نفى الرؤبة وقال بخلق القرآن فالمختار : تأويله ، ونص في « الأم » على ما يؤيده ، ولهذا لم يلحوظهم بالكفار في الإرث والأنكحة ووجوب قتلهم وقتالهم وغير ذلك .

الأمر الثاني : أن ما اقتضاه عموم كلامه من عدم تكfir المحسنة قد تابعه أيضاً في « الروضة » ، لكن جزم في باب صفة الأئمة من « شرح المذهب » بكفراهم ، ذكر ذلك قبيل الكلام على امتناع اقتداء الرجل بالمرأة فاعلمه .

قوله : والأكثرون على قبول شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية وهم قوم يرون جواز شهادة أحدهم لصاحبها إذا سمعه يقول لي على فلان كذا فيصدقه بيمن أو غيرها ويشهد له اعتماداً على أنه لا يكذب ، وقالت طائفة : لا تقبل مطلقاً ، ثم قال : ورد الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون

(١) سقط من أ .

الصحابة ويقذفون عائشة رضي الله عنها^(١) وعلى هذا جرى الإمام وصاحب «التهذيب» وصاحب «الكتاب»، وخير الأمور أو سطتها . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الذين يسبون الصحابة فيهم كلام تقدم في أوائل القضاء ، في الكلام على الاستفتاء فراجعه .

الأمر الثاني : أن كلامه يشعر بأن قذفة عائشة رضي الله عنها قبل شهادتهم عند الأكثرين وأنا لا نحكم بکفرهم ، وليس كذلك بل هم كفار مردودة شهادتهم؛ إذ هي مبرأة بنص القرآن ، وقد نبه في «الروضة» عليه .

الأمر الثالث : أنا إنما [لم] ^(٢) نحكم برد شهادة الخطابية ورد قضائهم إذا كانت الشهادة أو الحكم لخطابي مثله ، كذا صرخ به الرافعي في باب قتال البغاء ، ولا يؤخذ ذلك من كلامه هنا فإنه إنما تعرض لذلك في تفسير مذهبهم فتأمله .

[قوله] ^(٣) : إن كلامهم يقتضي أنه لا فرق في قبول الشهادة بين من يستحل الدم والمال ألم لا ؟ وقد صرخ به هنا في «الروضة» من «زوائد» نقلًا عن الشافعي فقال : الصواب في غير قادر عائشة قبول الشهادة ، وقد قال في «الأم» : ولم نعلم أحداً من سلف الأمة يقتدى به ولا من بعدهم من التابعين رد شهادة أحد بتأويل وإن خطأه وضلله ورآه استحل ما حرم الله تعالى عليه ، فلا نرد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتمله ، وإن بلغ فيه استحلال المال والدم هذا نص الشافعي . انتهى كلام النووي .

وقد ذكر الرافعي في باب قتال البغاء أن المعتبرين قالوا : إن الحاكم أو

(١) كغلاة الشيعة لعنهم الله .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب : الرابع .

الشاهد من أهل البغي يستحل دماء أهل العدل أو أموالهم لم ينفذ حكمه ولم تقبل شهادته ، لأنه فاسق وهذا يخالف المذكور هنا ، وقد سبق ذكر ذلك في موضعه فراجعه .

وفي كتاب القضاء أيضاً كلام آخر يتعلق بذلك فراجعه أيضاً .

قوله : وهل يصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ؟ فيه وجهان . الذي ذكره الشيخ أبو محمد واستحسنه الإمام : أنه لا يصغى إليهما كشهادة العبد والصبي . انتهى .

قال الرافعي في « الشرح الصغير » أظهر الوجهين . أنه لا يصغى لذلك ، وصححه أيضاً النووي في أصل « الروضة » .

قوله : فالمبادر في حقوق [الأمين] ^(١) منهم لا تقبل شهادته والمبادرة أن يشهد من غير تقدم دعوى ، فإن شهد بعد دعوى قبل أن يستشهد ردت شهادته أيضاً على الأصح ، وإذا ردناها فهي مصيره مجرحاً وجهان : أشبههما : لا ، ويحكى القطع به عن أبي عاصم العبادي إن كانت المبادرة عن جهل منه ، وظاهر هذا : أن الخلاف في سقوط عدالته مطلقاً إلى آخر كلامه .

وما ذكره الرافعي من تقييد قطع العبادي بحالة الجهل قد حذفه النووي من « الروضة » فوقع في غلط فاحش ، وهو قطعه بذلك في حالة العلم ، والذي توقف فيه في آخر كلامه قد ذكره في كتاب الدعاوى قبيل الطرف الثاني .

وفي « كتاب الإقرار » ، فنقل ما حاصله : أن البغوي قائل بالجرح مطلقاً ، والإمام قائل به في الزيادة فقط ، ذكر ذلك في ما إذا ادعى ألفاً فشهاد له شاهدان بآلفين .

(١) في ب : الأدميين .

قوله في المسألة : وظاهر هذا أن الخلاف في سقوط عدالته مطلقاً ، ويؤيده أن الهروي قال : إن الوجهين مبنيان على أن المبادرة من الصغار أو الكبار؟ لكن منهم من يفهم من كلامه اختصاص الخلاف برد تلك الشهادة وحدها إذا أعادها ومنهم البغوي . انتهى .

وما اقتضاه كلامه من عدم الوقوف في هذه المسألة إلا على ما أشعر به كلام الهروي ونحوه من المتأخرین المعدودین في المصنفین لا في أصحاب الوجوه ، قد تبعه عليه أيضاً في « الروضة » وهو غريب ، فقد صرخ الإمام بأن الخلاف يجري في سقوط عدالته في تلك الشهادة وغيرها ، ذكر ذلك في أوائل كتاب الدعوى ، وذكر القاضي الحسين في باب الإقرار من « تعليقته » عكسه ، فقال : لا خلاف أنه لا يصير مجنوباً في غير تلك القضية ، هذه عبارته وذكر الإمام هناك نحوه أيضاً .

قوله أيضاً في المسألة : قال في « الوسيط » في باب دعوى الدم : في وجه لا تقبل تلك الشهادة منه إذا أعادها كالشهادة المردودة بعلة الفسق ، وعلى وجه : تقبل ، وعلى وجه : إن تاب عن المبادرة فتقبل . انتهى .

وهذا الوجه المفصل بين التوبة وغيرها أسلقه من « الروضة » .

قوله : وهل تقبل شهادة الحسبة في الخلع ؟ أطلق في « التهذيب » المنع ، وقال الإمام : تقبل في الفراق ولا تثبت في المال ، قال : ولا أبعد ثبوته بيعاً . ولا أن ثبت الفراق دون البيونة . انتهى .

تابعه في « الشرح الصغير » و « الروضة » على حكاية الخلاف من غير ترجيح ، وجزم الخوارزمي أيضاً بمقالة البغوي إلا أن الراجح ما قاله الإمام ، فقد سبقه إليه القاضي الحسين كما نقله عنه الإمام وغيره واختاره أيضاً الغزالی في « الوسيط » وغيره ، وتبعهم صاحب « الحاوي الصغير » ، وإن

كان في كلامه إيهام إثبات المال .

قوله في أصل «الروضة» : ومنه - أي مما تقبل فيه شهادة الحسبة - تحريم الرضاع والنسب ، وفي النسب وجه . انتهى .

النسب هنا مرفوع عطفاً على التحريم - أي ومنه النسب على الصحيح - وهكذا ذكره الرافعي .

قوله : وما تقبل فيه شهادة الحسبة - بقاء العدة وانقضاؤها ، ثم قال ما نصه : [والحدود ^(١)] التي هي حقوق الله تعالى كحد الزنا وقطع الطريق والسرقة ، لكن الأولى فيها الستر . انتهى كلامه .

وهذا الذي جزم به هاهنا من استحباب الستر للشهود قد اختلف فيه كلامه ، وكلام «الروضة» أيضاً ، وقد سبق إيضاح ذلك في باب حد الزنا فراجعه .

قوله : وأما ما هو حق آدمي كالقصاص وحد القذف والبيوع والأقادير فلا تقبل فيه شهادة الحسبة ، فإن لم يعلم صاحب الحق أعلم الشاهد حتى يدعى ، ويستشهاده فيشهد . انتهى .

وهل هذا الإعلام على جهة الوجوب أو الاستحباب ؟ فيه كلام سبق في أواخر الباب الثاني من أبواب الوكالة فراجعه .

قوله : فرع : ما تقبل فيه شهادة الحسبة هل تسمع فيه دعوى الحسبة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، لأن الثبوت بالبينة وهي غنية عن الدعوى ، وهذا هو الجواب في فتاوى «الفقاول» .

(١) في ب : الحقوق .

والثاني : عن القاضي الحسين أنها تسمع ، لأن البينة قد لا تساعد ويراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه . انتهى كلامه .

والراجح : عدم سماع الدعوى ، كذا جزم به في كتاب الدعوى والبيانات في الكلام على الطرف الثالث المعقود للحالف ، فقال : الثانية حدود الله تعالى لا تسمع فيها الدعوى ، ولا يطلب الجواب لأنها ليست حقاً للمدعى ومن له الحق لم يأذن في الطلب ، هذا كلامه .

نعم قد ذكر الرافعي ما يقتضي خلافه في موضعين :

أحدهما : في الباب الثاني من كتاب السرقة فقال: ومن رفع إلى مجلس القاضي واتهم بما يوجب عقوبة فللقاضي أن يعرض له بالإنكار ويحمله عليه ولو أقر بذلك ابتداء أو بعد دعوى فكذلك على الصحيح . انتهى .

فقوله أبو بعد دعوى صريح في سمعها .

وثانيهما : في الكلام على المخدرة ، وهو في آخر باب القضاء على الغائب فإنه صحيح أنها لا تخرج للدعوى عليها ، ثم استدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»^(١) وهذا يدل على سماع الدعوى ، إلا أنهما ليسا في الصراحة كالأول ووقع الاختلاف المذكور في «الروضة» كما وقع في الرافعي ، إلا أنه لم يذكر الاستدلال بقصة أنيس وفي أدب القضاء لابن أبي الدم : أن المشهور عدم سمعها ، ثم قال : ولست أرى لسماعها فائدة ، فإن فائدة الدعوى طلب اليمين منه إن أنكر ، وقد قال ابن القاسم : اتفق الشافعي وأبو حنيفة على أنه لا يعين في حد الزنا وشرب الخمر إلا إذا أقر بما يوجب الحد كأن أقر بوطء امرأة أجنبية ، ثم ادعى الشبهة ، قال الشافعي في اختلاف العراقيين : يحلف بالله ما وطئها إلا وهو يراها حلالاً ويسقط الحد إذا كان

. (١) تقدم .

يمكن أن يجهله ، وقال أبو حنيفة : يسقط الحد بلا يمين . انتهت خلاصة كلامه .

وما ادعاه من أنه لا فائدة للدعوى ليس كذلك ، بل له فائدة وهو أنه قد يتورع عن اليمين فيقر ، وقد تعرض له في الكلام على شهادة الحسبة . قوله : وفي « الفتاوى » : أنه لو جاء رجلان وشهدا بأن فلاناً أخوه فلانة من الرضاع لم يكف حتى يقولا وهو يريد أن ينكحها ، فإنه لو شهد اثنان بالطلاق قضى القاضي بشهادتهما ، ثم جاء آخران يشهدان بأخوة الرضاع بين المتناكحين لم تقبل هذه الشهادة ؛ إذ لا فائدة في الحال لقبولها ولا عبرة بأنهما قد يتناكحان من بعد ، وأن الشهادة على أنه أعتق إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترق من أعتقه ، وهذه الصور تفهم أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة . انتهى كلامه .

وظاهر كلام الغزالى وأخرين كما قاله ابن الرفعة في « المطلب » : يشعر بخلاف ما في الفتاوى المذكورة .

قوله : وذكر أبو القاسم الصيمري في مختصر جمعه في أحكام الشهادات : أنه لا تجوز شهادة المحجور عليه بالسفه ، فإن كان كذلك زادت صفة أخرى . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على ذلك وهو يقتضي توقفه في المنع ، وأنه لم يقف على خلاف ما قاله الصيمري ولا على ما يوافقه ، وقد صرخ الرافعى بالمسألة في باب الوصاية ، وذكر ما حاصله ، عدم قبول شهادته ، فإنه عد شروط الوصي سبعة ، من جملتها الكفاءة إلى التصرف ، قال : فلا يجوز الوصاية إلى من يعجز عن التصرف ولا يهتمي إليه لسفه أو هرم أو غيرهما ، هذا هو الظاهر ، ثم قال ما نصه : وحصروا الشروط جميعها بلفظ مختصر فقالوا : ينبغي أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل هذا لفظه .

قوله : أما التوبة من المعاصي التي بينه وبين الله تعالى فهي أن يندم على ما مضى ويترك فعله في الحال ويعزم على أنه لا يعود . انتهى كلامه .

وقد أهمل شرطاً رابعاً : وهو أن يكون ذلك كله لله تعالى حتى لو عقب على جريمة فندم أو عزم على عدم العود لأجل ما حل به وخوفاً من وقوع مثله لم يكف ، كذا ذكره أصحابنا الأصوليون ولا بد منه كما أوضحته في «شرح منهاج الأصول» ومثلوه بما إذا قتل ولده وندم لكونه ولده ، وبما إذا بذل الشحيح مالاً في معصية وندم لأجل غرامة المال .

قوله : وإن تعلق بها حق مالي كالغصب فيجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه بأن يؤدي إليه ، فإن مات فإلى وارثه ، فإن لم يكن له وارث أو غاب وانقطع خبره دفع إلى قاض يعرف سيرته وديانته ، فإن تعذر تصدق على الفقراء بنية الغرامة له .

ذكره العبادي في «الرقم» وصاحب الكتاب في غير الكتب الفقهية ، وإن كان معسراً نوى الغرامة إذا قدر ، فإن مات قبل أن يقدر فالمرجو من فضل الله تعالى المغفرة . انتهى كلامه .

وما ذكره في ما إذا لم يكن له وارث من الصدقة بماله ليس الأمر فيه على ما يوهمه ظاهر كلامه من التخصيص بالصدقة ، بل هو مخير بين وجوه المصالح كلها ، كذا ذكره في كتاب الفرائض ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

وأما من انقطع خبره فقد تقدم في آخر القضاء على الغائب ما يشبهه وما أفهمه كلامه في المعسر من العفو قد خالفه فيه في «الروضة» فقال : ظواهر السنة الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلمة ، وإن مات معسراً عاجزاً إذا كان عاصياً بالتزامه .

فاما إذا استدان في موضع يباح له الاستدانة واستمر عجزه عن الوفاء حتى مات ، أو أتلف شيئاً خطأ وعجز عن غرامته حتى مات ، فالظاهر :

أن هذا لا مطالبة في حقه في الآخرة ؛ إذ لا معصية منه والمرجو من الله تعالى أن يعوض صاحب الحق ، وقد أشار إلى هذا إمام الحرمين في أول كتاب النكاح ، وتباح الاستدامة لحاجة في غير معصية ولا سرف فإذا كان يرجو [الوفاء من جهة]^(١) أو سبب ظاهر . انتهى كلامه رحمه الله .
وهو يقتضي أن الاستدامة للسرف حرام فتفطن له .

قوله في «الروضة» : وإن كان حفأا للعباد كالقصاص وحد القذف فيأتي المستحق ويكونه من الاستيفاء ، فإن لم يعلم المستحق وجب في القصاص أن يعلمه فيقول : أنا الذي قتلت أباك ولزمني القصاص فإن شئت فاقتص وإن شئت فاعفو ، وفي حد القذف سبق في كتاب اللعان خلاف في وجوب إعلامه ، وقطع العبادي وغيره هنا بأنه يجب إعلامه كالقصاص . انتهى كلامه .

واعلم أنه قد حكى في كتاب اللعان عن الأصحاب : أن الإعلام واجب ولم ينقل مقابله إلا احتمالاً فقط ، وقد سبق ذكر لفظه في أول باب اللعان فراجعه وعبارة الرافعي هنا أن الغزالى حكى هناك ترددًا وهو تعبير صحيح ، وأما الخلاف فلم يصرح به .

نعم حكى الخلاف [في باب حد الزنا وما اقتضاه كلامه من الجزم بالوجوب في القصاص وعدم إجراء الخلاف]^(٢) ليس كذلك ، فإن فيه خلافاً حكاها في باب حد الزنا أيضاً .

قوله أيضًا في «الروضة» : فرع : لو قصر في ما عليه من دين ومظلمة ومات المستحق واستحقه وارث بعد وارث ، ثم مات ولم يوفهم ، من تستحق المطالبة به في الآخرة ؟ فيه أوجه :

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أرجحها وبه أفتى الحناطي : أنه صاحب الحق أولاً .

والثاني : أنه آخر من مات من ورثته أو ورثة وريثه وإن نزلوا .

والثالث ذكره العبادي في «الرقم» : أنه يكتب الأجر لكل وارث مدة حياته ثم من بعده لمن بعده . انتهى كلامه .

وهذا الترجيح الذي ذكره لم يذكره الرافعي بالكلية وإنما حكاه عن الحناطي فقط فقال : قال القاضي : يرثه الله تعالى بعد موت الكل ويرد إليه في القيمة . هذا لفظه من غير زيادة عليه ، ولفظ «الروضة» لا يعطي هذه الكيفية المذكورة في الانتقال .

قوله : وأما التوبة في الظاهر فالمعاصي تنقسم إلى : فعلية ، وقولية .

أما الفعلية كالزنا والسرقة : فإظهار التوبة عنها لا يكفي في قبول الشهادة وعود الولاية ، لأنه لا يؤمن أن يكون له في الإظهار غاية وغرض فاسد فيختبر مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح وصدق في توبته ، وهل تقدر هذه المدة؟ قال قائلون : لا إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه ، ويختلف الأمر فيه بالأشخاص وأمارات الصدق ، وذهب آخرون إلى تقديرها ، وفيه وجهان :

قال أكثرهم : يستبرأ بسنة فإن لمضي الفضول الأربعه أثراً بينما في تهبيج النفوس وابتعاثها لمشتهياتها ، وقال جماعة : يكتفي بستة أشهر ونسبة إلى النص . انتهى كلامه .

وذكر في «الشرح الصغير» نحوه أيضاً .

فيه أمران :

أحدهما : أنه ليس فيه تصحيح بالنسبة إلى التقدير وعدمه ، وأما كلام الأكثرين فنقله تفريعاً على القول بالتقدير ، وقد اختصر في «الروضة» هذا الكلام على غير وجيه فقال : وفي تقدير هذه المدة أوجه : الأكثرون أنها

سنة .

والثاني : ستة أشهر ونسبة إلى النص .

والثالث : لا تقدر بمندة . هذا لفظه .

نعم ذكر في « المحرر » كما في « الروضة » .

الأمر الثاني : أن وجوب الاستبراء محله إذا كان الشخص ظاهر الفسق ولو كان يخفيه فأقر به ليقام عليه الحد قبلت شهادته بعد ثبوته من غير استبراء ، كذا ذكره الروياني وغيره وهو ظاهر .

قوله في « الروضة » : ثم إذا تاب بالقول هل تشترط المدة المذكورة ؟ إذا كان عدلاً قبل القذف ينظر : إن كان القذف على صورة الشهادة لم يشترط على المذهب ، وإن كان قذف سب وإيذاء اشترط على المذهب . انتهى كلامه .

ولا يعلم منه أن الأصح طريقة القطع أو الخلاف ، ولا أن ذلك الخلاف بتقدير إثباته قولان أو وجهان ، وقد بين الرافعي ذلك فصحح في المسألة الأولى طريقة القطع وحكي أخرى على قولين وعكس في الثانية .

قوله : ثم قضية ما قالوه في القذف أن تشترط التوبة بالقول فيسائر المعاصي القولية كشهادة الزور والغيبة والنسمة ، وقد صرخ صاحب « المذهب » بذلك في شهادة الزور ، فقال : التوبة عنها أن يقول : كذبت في ما قلت ولا أعود إلى مثله . انتهى .

ومقتضى هذا الكلام أنه لم يقف على ذلك إلا في شهادة الزور ، وقد نقله الغزالى في المبادرة بالشهادة أيضاً عن بعض الأصحاب ، ونقله عنه الرافعي هناك ، ولكن أسقطه من « الروضة » .

الباب الثاني : في العدد والذكورة

قوله : واعلم أن قول الشاهد الواحد لا يكفي الحكم به ولا يستثنى إلا هلال رمضان على الأصح . انتهى .

تستثنى أيضاً مسألة أخرى ذكرها المتولى في « التتمة » في كتاب الصيام ونقلها عنه النووي في « شرح المذهب » في الصيام وفي آخر الصلاة على الميت ، فقال : فرع : ذكره المتولى في كتاب الصيام أنه إذا مات كافر فشهد واحد بأنه أسلم فلا يحکم بأنه مسلم في الإرث فيرثه الكافر لا المسلم ، وهل يحکم به في جواز الصلاة عليه ؟ قوله في ثبوت هلال رمضان ، وقد وقع في هذا الباب من « نكت المنهاج » للشيخ برهان الدين ابن الفركاح استثناء مسألة أخرى نقلها عن الماوردي واستثناؤها غلط ، فإن الماوردي عبر بقوله : شاهداً عدل - بألف التثنية - فخفت الألف عليه أو سقطت من النسخة التي وقف عليها فاعلمه .

قوله : وفي الإقرار بالزنا قوله :

أحدهما : أنه لا يثبت إلا بأربعة ، لأنه يتعلق به إقامة الحد فأشبه نفس الزنا .

والثاني : يثبت بشاهدين كسائر الأقارب ، قال الروياني : وهذا أصح . انتهى .

والراجح : ما ذهب إليه الروياني ، كذا صححه الرافعي في « المحرر » والنوعي في أصل « الروضة » و « تصحيح التنبية » .

قوله في « الروضة » : ولا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة على المذهب .

اعلم أن الأصح في اللواط : طريقة القطع ، وقيل : على وجهين ،

والأصح في إتيان البهيمة : طريقة الوجهين ، وقيل : يجب الأربعه قطعاً ،
هذا حاصل ما في الرافعي ، والمذكور في « الروضة » لا يعلم منه أن
الأصح طريقة القطع أو الخلاف ، ولا أن ذلك الخلاف وجهان أو قولان ،
ويوهم أيضاً التسوية بين المتألتين في ذلك .

قوله : سبق في السرقة أنه يشترط في الشهادة على الزنا أن يذكروا التي زنا بها ، وأن يذكروا الزنا مفسراً فيقولون رأيناه أدخل فرجه في فرجها ، وأما قولهم كالمزود في المكحلة فإنه زيادة بيان وليس بشرط ، كذا ذكره الهروي . انتهى .

أهمـلـ مـنـ الشـروـطـ ذـكـرـ مـوـضـعـ الزـنـاـ ،ـ وـقـدـ صـرـحـ باـشـتـراـطـهـ صـاحـبـ
«ـالـتـنـيـهـ»ـ.

قوله : والشركة والقراض معدودان في « التهذيب » مما لا يثبت إلا بргلين ، وأدرج في « الوسيط » الشركة في ما يثبت بrgل وامرأتين ، والأول أظهر . انتهى .

تبعد عليه في « الروضة » ، واعلم أن القاضي الحسين قد سبق البغوي إلى ما قاله في الشركة والقرابض ، [وقال في « الشامل » : إن القرابض]^(١) مما يثبت بالشاهد واليمين ، وكذلك القاضي أبو الطيب في « تعليقته » في باب الشهادة على الجنائية ، وكلام الرافعى يوهم نفي الخلاف عن القرابض ، قال ابن الرفعة في « المطلب » : وينبغي أن ينزل كلام الفريقين على تفصيل فيقال : إن كان مدعىهما يروم إثبات [التصرف كالوكيل فلا بد فيه من شاهدين ، وإن كان يروم إثبات]^(٢) حصته من الربح فيثبت بالرجل والمرأتين إذ المقصود المال ، ويقرب منه : إذا ادعت المرأة النكاح لإثبات المهر وأقامت

. (١) سقط من أ.

(٢) سقط من ب.

به شاهدًا وامرأتين فإنه يثبت المهر على الصحيح ، وإن لم يثبت النكاح ، وكذا لو ادعى خالد أن زيدًا أوصى إلى عمرو بأن يعطيه من ماله كذا وأقام شاهدًا وامرأتين ثبتت الوصية بالمال وإن لم تثبت الوصاية .

قوله : النوع الثاني ما لا يطلع عليه الرجال وتحتخص النساء بمعرفته غالباً فتقبل فيه شهادتهن منفردات ، وذلك كالولادة والبكارة والثيابة والرثق والقرن والحيض والرضاع . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره في الحيض من إمكان إقامة البينة عليه قد خالفه في أربعة مواضع :

أحدها : في كتاب الطلاق في الكلام على تعليقه بالحيض ، وقد سبق ذكر لفظه في موضوعه .

والثلاثة الباقية في كتاب الديات وبه أجاب العماد ابن يونس في «فتاويمه» أيضاً ، والمذكور في «المنهاج» وفي «فتاوي» النووي في باب الحيض : أنه يمكن ، وما ذكره أيضاً الرافعي في الرضاع قد خصه المتولي بما إذا كان من الثدي ، فإن كان من إناء حلب فيه لم تقبل شهادتهن على أن هذا اللبن من هذه المرأة .

قوله : قال البغوي : والعيب في وجه الحرمة وكفها لا يثبت إلا برجلين بناء على أنهما ليسا من العورة ، وفي وجه الأمة وما يبدو منها عند المهمة يثبت ب الرجل وامرأتين لأن المقصود منه المال ، والجراحة التي تصيب فرج المرأة لا تلتحق بالعيب لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالباً ، إنما الذين لا يطleurون عليه العيب الخاص . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في الأمة يقتضي أنه لا يكفي قول الواحد في العيوب ، وهو مخالف لما نقله عنه الرافعي في البيع في أواخر الرد بالعيوب

قبيل الكلام على الإقالة فقال : قال في « التهذيب » : إن قال واحد من أهل المعرفة : إنه عيب ثبت الرد ، واعتبر في « التتمة » شهادة اثنين .

واعلم أيضاً أن مقتضى تعليل البغوي بكون المقصود هو المال اختصاص ذلك بما إذا كان الإثبات لردها في البيع ، فإن كان لفسخ النكاح به لم يقبل .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في الجراحة قد سبقه إليه القاضي الحسين في « تعليقه » ، وكلام « الروضة » يشعر بانفراد البغوي به فإنه قال : الصواب إلماق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب ، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا وتعلق ب مجرد الاسم .

قوله : وما يثبت برجل وامرأتين الشفعة والمسابقة وحصول السبق . انتهى .

واعلم أن الحصول بالحاء والصاد المهملتين ، ومعناه تقدم أحدهما على رفيقه ، فأراد بالأول العقد ، وبالثاني التقدم ، وذكر في « الشرح الصغير » كما في « الكبير » أيضاً فقال : والمسابقة وحصول السبق منها ، وقد تحرفت هذه اللفظة على الشيخ محبي الدين في « الروضة » بالخيول جمع خيل بالخاء المعجمة وبالباء بنقطتين من تحت ، ولما تحرفت لزم منها تغيير السبق بالمسابقة أيضاً لتنظيم الكلام ، فقال : والمسابقة وخيول المسابقة . هذا لفظه فأتى بمسألة أخرى .

قوله : نعم في النجم الأخير وجهان :

أحدهما : أنه لا يثبت إلا برجل لتعلق العتق .

وأصحهما على ما ذكره صاحب « التهذيب » : أنه كسائر النجوم . انتهى .

والأصح ما قاله البغوي ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » والنبووي في « أصل الروضة » .

قوله : ولو علق طلاق امرأته أو عتق عبده على الغصب أو الإتلاف فشهد

بهما رجل وامرأتان يثبت الغصب والإتلاف ولم يحكم بوقوع الطلاق ولا بحصول العتق ، نص عليه ، وهو كما مر في الصوم أنا إذا أثبتنا هلال رمضان بشاهد واحد لم يحكم بوقوع الطلاق والعتق المعلقين برمضان ولا بحلول الدين المؤجل به ، هذا إذا سبق التعليق ، وذكر ابن سريج ووافقه عامة الأصحاب : أنه لو ثبت الغصب أولاً بргل وامرأتين وحكم الحاكم به، ثم جرى التعليق فقال لزوجته : إن كنت غصبت فأنت طالق وقد ثبت عليها الغصب كما وصفنا وقع الطلاق بخلاف ما لو تقدم التعليق ، وقياسه أن يكون الحكم كذلك في التعليق برمضان ، وحکى الإمام أن شیخه حکى وجهاً آخر : أنه لا يقع كما لو تقدم التعليق . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن جزمه بعدم الوقع في ما [إذا] ^(١) تقدم التعليق ، وحكایة الخلاف فيما إذا أخر قد عکسه في أوائل كتاب الجنایات في الكلام على الجنایة على الخشى وقد ذكرت لفظه هناك .

الأمر الثاني : أن هذا البحث الذي ذكره في تعديه إلى رمضان واقتضى كلامه وكلام « الروضة » عدم الوقوف عليه ، قد صرخ به القاضي الحسين في « تعليقه » ، ونقله عن ابن سريج بخصوصه وهو أول القائلين به في الغصب والإتلاف ، ثم تبعه عليه من بعده كما سبق في كلام الرافعی وموافقة النقل للتفقه دليل علو المقدار لا على خلافه ، وذكر الرافعی هنا ضابطاً حسناً في ما يثبت بطريق التبع عند شهادة الرجل والمرأتين وما لا يثبت وحذفه من « الروضة » ، فقال : وفي هذه الصور انتشار وربما أمكن لم بعض الشعث بأن يقال : ما شهد به رجل وامرأتان فله حالان :

أحدهما : أن يكون ما لا يثبت ، بشهادتهم كالسرقة والقتل ، فينظر :

(١) سقط من أ.

إن كان له موجب يثبت بشهادتهم كمال الذي هو أحد موجبي السرقة ثبت، وإن لم يكن له موجب يثبت لم يجب شيء كالقصاص .

الثاني : أن يكون المشهود به يثبت بشهادتهم فالمرتب عليه :

إن كان شرعاً ثبت كالنسب والميراث المرتبين على الولادة والإفطار بعد الثلاثين ، وذلك لأن الترتيب الشرعي يشعر بعموم الحاجة وتغدر الانفكاك . وإن كان وضعياً كترتيب الطلاق والعتق والخلول على التعليق برمضان فلا ضرورة في ثبوته .

قوله : وقول صاحب «الكتاب» إذا شهد على السرقة أو العمد رجل وأمرأتان ثبت المال ، وإن لم ثبت العقوبة فيه تسوية بين أن يشهدوا على السرقة [وبين أن يشهدوا على القتل العمد في أن يثبت المال ولا يثبت العتق ، وهذا الحكم صحيح في السرقة وقد ذكره مرة في بابها .

وأما القتل العمد : فهو خلاف ما نص عليه الأصحاب هاهنا وليس له في «الوسيط» ذكر بل فرق في باب السرقة بين شهادتهم على السرقة وشهادتهم [^(١) على القتل كما فرق غيره ، ولا محمل لما جرى هاهنا إلا السهو . انتهى كلامه .

وهذا الإنكار الفاحش قد ذكره أيضاً في «الشرح الصغير» وتوهم النووي أن الإنكار حق فأسقط مقالة الغزالى [بالكلية من «الروضة» وذلك كله غريب فإن الذي قاله الغزالى [^(٢) قد حكاه الإمام في «النهاية» قوله وصرح به في الشاهد والمرأتين ، وفي الشاهد مع اليمين ، لكنه جعله تفريعاً على أن الواجب أحد الأمرين لا القصاص بعينه ، ذكر ذلك في باب الشهادة على الجناية ، وحكاه أيضاً الفوراني في الباب المذكور ، لكن صرخ به في الشاهد واليمين فقط ، ويلزم منه القول به في الشاهد والمرأتين بالضرورة .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قوله : وفي دعوى النكاح إذا أقام شاهدين ولم يعدلا نجعل المرأة عند امرأة ثقة وتنزع من الخروج ، وفيه وجه ضعيف ، قال القاضي أبو سعد : فإن كانت المرأة متزوجة لم يمنع منها الزوج قبل التعديل ، لأنها ليس بداعى عليه وليس البضم في يده فلا معنى لإيقاع الحجر عليه . انتهى كلامه .

والذى قاله أبو سعد الهروي من تكين الزوج منها مشكل ، وقد ذكر الرافعى بعد هذا بأسطر ما يؤخذ منه المنع هنا ، فقال : وفي الأمة تتحتم الحيلولة احتياطياً للبضم ، وكذا لو ادعت المرأة الطلاق وأقامت شاهدين يفرق الحاكم بينهما قبل التزكية هذا لفظه .

واعلم أن مقتضى التعليل المذكور : أن الأمة لو كانت محرماً له أنها تكون كالعبد حتى يحيل بينه وبين سيده إن رأى الحاكم ذلك ، وإنما فلا إلا أن يطلب .

قوله : ولو أقام شاهداً واحداً وطلب الاتزاع قبل أن يأتي باخر ، ففيه قوله : قوله : ولو أقام شاهداً واحداً وطلب الاتزاع قبل أن يأتي باخر ، ففيه قوله :

أحدهما : يجب كما لو تم العدد وبقيت التزكية .

وأصحهما : عند عامة الأصحاب [لا]^(١) ، لأن الشاهد الواحد ليس بحججة ، ثم قال : وعن أبي إسحاق أنه قطع بالأول ، لأن المال يثبت بشاهد ويدين ولوه أن يحلف معه متى شاء ، فكانت الحجة تامة وحكى أبو الفرج طريقة بقطع الثاني ، لأنه متمكن من إثبات حجته بالحلف فإذا لم يفعل كان مقصراً . انتهى كلامه .

وهاتان الطريقتان أسقطهما النووي من « الروضة » .

قوله : ثم ذكر العراقيون والروياني أن الحيلولة والحبس قبل التعديل يثبتان

(١) سقط من أ .

إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية أو الجرح ، ولا تقدر له مدة ، والحيلولة والحبس لشاهد واحد إذا قلنا به لا يزدادن على ثلاثة أيام ، بل عن أبي إسحاق : أن قول تأثير الشاهد الواحد موضعه ما إذا أقام شاهداً فقال : إن الشاهد الآخر قريب ، وإن قال : إنه غائب لا يحضر إلى ثلاثة أيام فلا حيلولة ولا حبس بحال ، وعلى هذا ينزل قول الكتاب ، وإذا قلنا فلا يزيد على ثلاثة أيام . انتهى كلامه .

وليس فيه ما يدل على رد مقالة أبي إسحاق ، بل هي مقررة لما سبق عن العراقيين والروياني بزيادة عليه ، وجعلها في « الروضة » وجهاً ضعيفاً ، فقال بعد حكايتها : والمذهب ما سبق هذا لفظه .

الباب الثالث

في مستند علم الشاهد

قوله : وقسم الشافعي ذوي الشهود والأصحاب المشهود به على ثلاثة أقسام : أحدها : ما يكفي فيه السمع ولا يحتاج إلى الإبصار .

والثاني : ما يكفي فيه الإبصار ، وهو الأفعال كالزنا والشرب والغصب والإتلاف والولادة والرضاع والاصطياد والإحياء وكون المال في يد شخص فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبقاء علتها ، ولا يجوز بناء الشهادة فيها على السمع من الغير .

والثالث : ما يحتاج فيه إلى السمع والبصر معًا كالأقوال ، فلا بد من سمعها و مشاهدة قائلها كالعقود والفسوخ والإقرار بها . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا التقسيم ليس بحاصر ، فإن الشهادة تجوز بما علم بباقي الحواس [الخمس] ^(١) وهي الذوق والشم واللمس ، كما لو اختلفا في مرارة المبيع أو حموضته أو في تغير رائحته أو في حرارته وبرودته ونحو ذلك .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من امتناع الشهادة على اليد بمجرد الاستفاضة قد نقل في أثناء الباب خلافه ، وأبدى ما جزم به هاهنا بحثًا وسأذكر لفظه في موضعه فراجعه .

قوله : فإن كان يعرف المشهود عليه باسمه واسم أبيه دون جده ، قال في « الوسيط » : يقتصر عليه فإن عرفه القاضي بذلك جاز ، وكان يحتمل أن

(١) سقط من أ .

يقال : هذه شهادة على مجهول فلا يعتد بها كما ذكرنا في باب القضاء على الغائب أن القاضي لو لم يكتب إلا أني حكمت على محمد بن أحمد فالحكم باطل . انتهى كلامه .

واعلم أنه لا منافاة بين مقالة الغزالى وبين ما سبق في القضاء على الغائب ، فإن كان كلام الغزالى مفروض في ما إذا حصلت المعرفة بذلك ولم يقع التصوير في الغائب بهذا ، بل تصويرهم بمجرد محمد بن أحمد يدل على خلافه ، وقد ذكر الرافعى هناك قبل هذا التصوير بنحو ورقة ما يدل لمقالة الغزالى فإنه نص على ذكر اسمه واسم أبيه وجده وحليلته وصنعته ، ثم قال : وإذا حصل الإعلام ببعض ما ذكرناه اكتفى بهذه ، وهذا يدخل فيه المعرفة بذكر الأب والجد .

قوله : وإن كان يعرف المشهور عليه بعينه دون اسمه ونسبة فمات ودفن فعن القاضي الحسين : أنه لا ينش ، واستثنى منه في « الوسيط » ما إذا اشتدت الحاجة ولم يطل العهد بحيث يتغير المنظر ، وهذا ما أورده الإمام على سبيل الاحتمال ، وقال : الأظهر ما ذكره القاضي . انتهى .

وحاصله أن القاضي لم يتعرض لمسألة « الوسيط » بخصوصها ، وأن الإمام والغزالى قد اختلفا فيها وتبعه عليه في « الروضة »

والراجح : عدم النبش فقد رجحه الرافعى في « الشرح الصغير » فقال : فإن دفن فعن القاضي الحسين : أنه لا ينش وهو الأظهر الذي أورده في « الكتاب » وقيل : إن لم يطل العهد بحيث يتغير المنظور فيجوز أن ينش ، هذا كلامه .

وقد تقدم في أواخر تعليق الطلاق مسألة هي نظير هذه ، حكى الرافعى فيها احتمالين عن أبي العباس الروياني وصحح فيها التووي من « زوائد » عدم النبش فراجعها .

قوله : ولك أن تقول : ينبغي أن لا يتوقف جواز التحمل على كشف

القناع ولا على المعرف ، لأن حضور امرأة أو شخص تحت النقاب وإقرار ذلك الحاضر متيقن ، فإذا رفعت المرأة إلى القاضي والمحتمل تلازمها تتمكن من الشهادة على عينها بأن أقرت بذلك ، وهذا نظير صورة الضبط في شهادة الأعمى ، وقد يحضر قوم يكتفي بإخبارهم في التسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يعتبر في التسامع طول المدة كما سيأتي فيخبرون عن اسمها ونسبها فيتمكن من الشهادة على اسمها ونسبها ، بل ينبغي أن يقال: لو شهد اثنان تحملوا الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة حضرت يوم كذا مجلس كذا فأقرت لفلان بذلك ، وشهد عدلان أن المرأة الحاضرة يومئذ في ذلك المكان كانت هذه ثبت الحق بالبينتين اللتين لو قامت بینة على أن فلان ابن فلان الفلاني أقر بذلك ، وقامت أخرى على أن الحاضر هو فلان ابن فلان ثبت الحق ، فما الفرق بين تعريف الشهود عليه المطلق باسم ونسب ، وبين تعريفه بزمان ومكان ؟ وإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد وجب أن يجوز مطلقاً ، وإن لم يعرض ما يفيد جواز الشهادة على العين أو على الاسم والنسب فذاك شيء آخر . انتهى كلامه .

وهذا التصوير الذي ذكره الرافعي لمحل الخلاف واستشكله ، قد تابعه عليه أيضاً في « الروضة » مع أنه ليس محل الخلاف ، بل يجوز التحمل فيه قطعاً ، وقد صرخ بجوازه الروياني وغيره مع حكايتهم الخلاف في أصل المسألة ، وقد استدرك ابن الرفعة هذا الموضع عليه ونبه على ما ذكرناه .

قوله : وإذا خاف الفتنة فيشبه ، أن يقال : لا ينظر المتحمل ، لأن في غيره غنية عنه ، فإن تعين فينظر ويحترز . انتهى .

وما ذكره بحثاً واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في « الروضة » ، قد جزم به الماوردي والروياني في « البحر » ، وعبرما بقولهما إذا خاف من النظر إثارة الشهوة .

قوله : وتجوز هذه الحيلة كما أمر رسول الله ﷺ عامل خيبر بمنع الجمع بالدرارهم وشري الخبيث ^(١). انتهى .

هذا الحديث تقدم الكلام عليه في باب الربا .

قوله : وفي النسب من الأم وجهان :

أحدهما : أنه لا تجوز الشهادة عليه بالسماع لإمكان رؤية الولادة .

والثاني : يجوز كما في جانب الرجل ، وهذا أصح عند صاحب الكتاب ، وحکى في « الوسيط » القطع به عن بعضهم . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ، والصحيح ، ما صححه الغزالى : فقد قال الرافعى في « المحرر » : إنه أصح الوجهين ، وصححه النووي أيضًا في « المنهاج » وفي أصل « الروضة » .

قوله : وهل يثبت الولاء والوقف والعتق والزوجية بالاستفاضة ؟ فيه وجهان إلى آخره .

لم يصرح بترجح ، وقال في « الشرح الصغير » : رجح كثiron المنع ، وقال في « المحرر » : فيه وجهان رجح منهما المنع هذا لفظه .

وقال في « الروضة » من « زوائدہ » : الجواز أقوى وأصح وهو المختار .

وقال في « المنهاج » : إنه الأصح عند المحققين والأكثرين .

واعلم أن الصواب الذي عليه الفتوى إنما هو المنع ، فقد نص عليه الشافعى ، ونقله عنه ابن الرفعة في « الكفاية » ، وإذا قلنا بالثبوت فقال النووي في « فتاويه » : ولا ثبت بها شروط الوقف وتفاصيله بل إن كان وفقًا على جماعة معينين أو جهات متعددة قسمت الغلة [بين الجميع

(١) أخرجه البخاري (٢٠٨٩) ومسلم (١٥٩٣) من حديث أبي سعيد وأبي هريرة ^{رضي الله عنهما} .

بالسوية ، وإن كان على مدرسة مثلاً وتعذر معرفة الشروط صرف الناظر الغلة [١) في ما يراه من مصالحها ، هذا كلامه .

وما أطلقه من عدم ثبوت الشروط ليس بجيد ، بل الأرجح فيه ما ذكره ابن الصلاح في « فتاويه » ، فإنه قال : يثبت بالاستفاضة أن هذا وقف ولا يثبت بها أن فلاناً وقفه ، قال : وأما الشروط فإن شهداً بها منفردة فلا تثبت بالاستفاضة ، وإن شهد بها ذاكراً لها في شهادته فأصل الوقف في معرض بيان شرط الواقف سمعت ؛ لأنه يرجح حاصله إلى بيان كيفية الوقف هذا كلامه .

ولاشك أن النووي لم يطلع عليه .

واعلم أن هاهنا مسألة كثيرة الواقع وهي أن جماعة شهدوا بأن النظر في الوقف الفلاني لزيد ، ولم يزيدوا على ذلك ولم يكونوا شهدوا على الواقف ولا قالوا : إن مستندنا الاستفاضة ، وسئلوا عن مستندهم فلم يبدهو بل صمموا على الشهادة .

وأجاب ابن الصلاح بأن هذا محمول على استنادهم إلى الاستفاضة والشروط لا تثبت بمثل ذلك كما تقدم ، قال : وأيضاً فإن إهمال السبب مقتضى لرد الشهادة [كما لو شهدا] [٢) بالإرث ، كذا نقلت هذه المسألة من خط ابن الصلاح كما قاله الشيخ برهان الدين في « تعليقه » .

قوله : أحدهما : فيما تحصل به الاستفاضة أوجه :

أشبههما لكلام الشافعي واختاره الماوردي : لابد من جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم ويؤمن تواظؤهم على الكذب .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

والثاني : يكفي عدلان .

والثالث : يكفي واحد إذا سكن القلب إليه ، وإذا قلنا بالأول فينبغي أن لا تعتبر العدالة ولا الحرية ولا الذكرة انتهي ملخصاً .

فيه أمران تابعه عليهما في « الروضة » :

أحدهما : أن الماوردي لم يكتف بالظن ، بل اشترط العلم على خلاف المذكور هنا ، فقال في أوائل باب التحفظ في الشهادة : وأقل هذا العدد أن يبلغوا عدد التواتر ، وقال أبو حامد الإسفاريني : أقله عدلان ، وهذا وهم ؛ لأن قول الاثنين من أخبار الآحاد، فوجب أن يعتبر فيه العدد المقطوع بصدق مخبره وهو عدد التواتر المتنفى عنه المواطأة والغلط ، هذا كلامه .

وقد نقله عنه الشيخ في « المذهب » على الصواب ، وهو أحد الموضعين اللذين نقل فيهما عن الماوردي كما تقدم في « الطبقات » .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في آخر كلامه بحثاً واقتضى كلامه عدم الوقوف على نقله ، قد جزم به الماوردي بالنسبة إلى العدالة ، فإنه فرق بين الاستفاضة والتواتر من وجوه :

منها : أن عدالة المخبرين شرط في التواتر دون الاستفاضة ، وجزم به الروياني بالنسبة إلى الحرية والذكرة ، وحکى وجھین فی انفراد الصیان به مع شواهد الحال بانتفاء المواطأة .

قوله : الثانية إذا سمع رجلاً يقول لآخر هذا ابني وصدقه الآخر ، أو أنا ابن فلان وصدقه فلان ، قال كثير من الأصحاب . يجوز أن يشهد به على النسب ، وكذلك لو استحلف صبيان أو بالغاً وسكت ، لأن السكوت في النسب كالإقرار ، ألا ترى أنه لو بشر بولد فسكت عليه لحقه بخلاف ما إذا أنكر المستلتحق ، [فإن النسب]^(١) لا يثبت حينئذ ، وفي « المذهب » وجه : أنه

(١) سقط من ب .

لا يشهد عند السكوت إلا إذا تكرر عنده الإقرار والسكوت ، والذي أجاب به الإمام وصاحب الكتاب : أنه لا تجوز الشهادة على النسب بذلك ، وهذا قياس ظاهر المذهب انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من الاكتفاء بسكت البالغ المستلتحق مخالف للمذكور في الإقرار من « الشرح الكبير » وهذا من « الشرح الصغير » ، فإنه قد صح فيهما : أنه لابد من التصديق ، وقد تقدم لفظه في الإقرار في موضعه لكنه موافق للمذكور في باب دعوى النسب وهو قبل كتاب العتق ، وسوف أذكره أيضاً هناك فراجعه .

واعلم أن الغزالي قد ذكر أنه يثبت بالسكت ومع ذلك قال : لا يشهد بالنسبة ، والرافعي مع ذهابه إلى أنه لا يثبت بذلك جوز الشهادة به . قوله : فإن اجتمع اليد والتصرف ، نظر : إن قصرت المدة فالحكم كما في اليد المجردة ، وإن طالت فوجهاً : أحدهما : لا تجوز الشهادة له بالملك حتى ينضم إليها نسبة الناس الملك إليه .

والثاني : تجوز ، وصححه البغوي وحكاه الإمام عن الجمهور انتهى . وقد ذكر النووي في الباب الثاني من *اللقيط* في الحكم الرابع منه ما حاصله : استثناء الرقيق ، وأنه لا تجوز الشهادة فيه بالملك إذا سمع من المشهود له أو من غيره أنه له ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك وكان الفرق وقوع الاستخدام في الأحرار كثيراً مع الاحتياط في الحرية .

قوله : ونقل القاضي ابن كج وجهين في أنه هل يتشرط أن يقع في قلب السامع صدق المخبر ؟ ويشبه أن يكون هذا غير الخلاف المذكور في أنه هل يعتبر خبر عدد يؤمن منهم التواطؤ ؟ انتهى كلامه .

ومراده أن هذا الخلاف ليس هو ذلك الخلاف بل مغاييرًا له ، وحيثئذ فيكون مفرعاً على قولنا : أنه لا يشترط العدد الذي يؤمن فيهم التواطؤ فاعلمه فإنه وقع في كثير من نسخ الرافعي التعبير بلفظة عين بالعين المهملة والنون ، وجزم الإمام وابن الصباغ بالاشتراط تفريعاً على هذا القول ، وهو يقوي ما ذكرناه ، ولم يتعرض في « الروضة » لهذا البحث ، وقد سلك ابن الرفعة في « الكفاية » ما أشار إليه الرافعي من كون الصدق في القلب مفرعاً على أنه لا يشترط العدد الذي يؤمن معه التواطؤ ، إلا أنه نقل عن العراقيين الجزم باشتراطه - أعني وقوع الصدق في القلب - ، وبذلك يعلم أن الصحيح فيه الاشتراط .

قوله : وذكروا أنه تجوز الشهادة على اليد بمجرد الاستفاضة ، وقد ينazuغ فيه لإمكان مشاهدة اليد . انتهى .

وما ذكره بحثاً يقتضي أنه لم يقف على قائل بالمنع ، وقد تابعه عليه في « الروضة » أيضًا وهو غريب ، فقد جزم هو في أول الباب بمنع الشهادة على اليد بمجرد الاستفاضة ، وقد تقدم ذكر لفظه لغرض آخر فراجعه .

وقد نقل في « الروضة » هذا الفرع عن ابن كج خاصة ، وسببه أنه قد يقع في بعض النسخ ، وذكر على جعل الفاعل ضميراً مستترأً عائداً على ابن كج فإنه قد سبق ذكره قبله بقليل وهو أول المسألة السابقة على هذه كما ذكرناه ..

قوله : ولا يكفي أن يقول الشاهد سمعت الناس يقولون : إنه لفلان وكذلك في النسب وإن كانت الشهادة مبنية عليه ، بل يشترط أن يقول : أشهد بأنه له وبأنه ابنه ، لأنه قد يعلم خلاف ما يسمعه من الناس ، لكن عن الشيخ أبي عاصم : أنه لو شهد بالملك والآخر بأنه في يده مدة طويلة يتصرف فيه بلا منازع ثبت الشهادة ، وهذا ما ذكره الشارح لكلامه مصيراً إلى

الاكتفاء بذكر السبب ، والظاهر الأول . انتهى كلامه .

واعلم أن الامتناع في هذه المسألة ليس هو لأجل التصرير في شهادته بالاستفاضة ، بل لأجل أنه لم يشهد بالمقصود وإنما شهد على جريان النسب ، ثم نقل عن أبي عاصم ما نقل إشارة إلى أنه اكتفى فيه بالشهادة على النسب ، وحينئذ فتكون الشهادة على الاستفاضة أيضاً كافية تغريعًا على تلك المقالة ، وهذا كله غير خاف من كلامه ، وأما التصرير بالاستفاضة عند الإتيان بالصيغة المعتبرة وهي لفظ الشهادة فليس في كلام الرافعي هنا تعرض له ، وقد صرخ بجوازه في الكلام على البحث عن حال الشهود وهو قبيل الباب الثالث من أبواب القضاء وهو الباب المعقود للغائب فقال : وهل يشترط التعرض لذكر السبب كرؤيه الجرح أو سماعه ؟

قال قائلون : نعم ، فلابد أن يقول : رأيته يزني ، وسمعته يقذف ، وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة : استفاض عندي .
وفي « الشامل » : أنه لا حاجة إليه ، وليس للحاكم ذلك كما فيسائر الشهادات ، وهذا أقىس انتهى .

وحاصله جواز الإتيان بذلك وحكایة الخلاف في اشتراطه ، فلو كان ذكره قادرًا لقبح في كل شهادة ، ونقل ابن الرفعة عن ابن أبي الدم : أن الشاهد إذا صرخ في شهادته بالاستفاضة لا تقبل شهادته في أصح الوجهين ، فكأن سببه أنه بمنزلة شهود الفرع مع شهود الأصل ، وقد ذكر الرافعي في الركن الخامس من كتاب الدعاوى في أثناء المدرك الثالث من مدارك ترجيح البينة فرعًا قربًا منه ، فقال : ولو شهد بملك ماض ولم يتعرض للحال لم يسمع في أصح القولين ، ثم قال : ويجوز أن يشهد بالملك في الحال اعتماداً على الاستصحاب ، فلو صرخ في شهادته بأنه يعتمد الاستصحاب فوجهان ، قال الغزالى والأصحاب : لا تقبل كما لا تقبل

شهادة الرضاع على امتصاص الثدي وحركة الحلقوم ، وقال القاضي : تسمع لأننا نعلم أنه لا مستند له سواه هذا كلامه . وهو يقوى ما قاله ابن أبي الدم في الاستفاضة ولعله ذكر قياساً عليه .

قوله : وذكر ابن كج : أنه لو دعي لأداء الشهادة عند أمير أو وزير ، فعند ابن القطان لا يجب أداء الشهادة عندهما ، قال : وعندي يجب إذا علم أنه يصل به إلى الحق ، وحكي أبو الفرج وجهين في أنه هل يجب الحضور عند القاضي الجائز والمعتنت في أداء الشهادة ؟ فعلى عدم الوجوب تكون عدالة القاضي وجمعه للشروط المعتبرة شرطاً . انتهى .

أما الأولى : فقد جزم بالوجوب فيها أيضاً الماوردي والروياني ، وقال في «الروضة» من «زوائد» : إنه الأصح ، لكن ذكر ابن سراقة في تصنيفه في «أدب الشهود» : أن الأصح عدم الوجوب .

ذكر ذلك في باب بيان العلل المانعة من أداء الشهادة ، وجزم بنحوه أيضاً في «الروضة» في القضاء على الغائب في ضمن فرع من الطرف الثالث ، فقال : إن منصب سماع البينة يختص بالقضاء .
ونقله الرافعي عن «الوسيط» .

وأما الثانية : فهي «الروضة» من «زوائد» أن الأرجح هو الوجوب . قلت : ونقله في «البحر» عن أصحابنا مطلقاً ذكره قبيل الكتاب الأول من الكتابين المعقودين للشهادات .

قوله : ويوافق هذا ما قيل أن المدعى لو قال للقاضي : لي عند فلان شهادة وهو ممتنع من أدائها فأحضره ليشهد ، لم يجبه القاضي لأنه فاسق بالامتناع بزعمه ، فلا ينتفع بشهادته . انتهى .

ينبغي أن تكون صورة المسألة ما إذا قال هو ممتنع بغير عذر ، وقد نبه

على ذلك في « الروضة » .

قوله : وحکى - أي البغوي - وجهين في ما إذا دفع شيئاً ليصرفه إلى نفقة الطريق والمرکوب ، فهل له أن يصرفه إلى عرض آخر ويشي راجلاً؟ وهما كالوجهين في ما إذا دفع إلى فقير شيئاً فقال : اشترب به لنفسك ثوبياً ، هل له صرفه إلى غير الشوب ؟ والأشهر : الجواز انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » أيضاً على ذلك فصرح بأن الأصح في المتألتين جمیعاً جوازه كما هو مقتضى كلام الرافعي ، لكن في مسألة الفقير تفصيل قد مر في كتاب الهبة فراجعه .

وقياسه أن يأتي في مسألة الشاهد أيضاً ، ثم إن مشى الشاهد من بلد إلى بلد مع قدرته على الركوب قد يكون خارماً للمروة قادحاً في قبول الشهادة ، فيظهر حياله امتناعه في حق من هذا شأنه .

قوله : ولو طلب الشاهد أجرة ليتحمل ، فإن لم يتعين: فله الأخذ، وإن تعين : فوجهان : أظهرهما : الجواز انتهى كلامه .

وأخذ الأجرة له شرط ، ذكره الشيخ عز الدين في « القواعد الكبرى » فقال : ولا يجوز أخذ الأجرة على تحمل شهادة يبعد تذكرها ومعرفة الخصمين فيها ، لأن باذل الأجرة إنما يبذلها على تقدير الانتفاع بها عند الحاجة إليها فتصير هاهنا آخذ الأجرة على شهادة لا يحل له أداؤها ، ذكر ذلك في الفصل العقود لما يثاب عليه الشهود وهو نحو ثلث الكتاب .

قوله : ومقتضى قولنا أنه يطلب الأجرة إذا دعى للتحمل أن يطلب الأجرة إذا دعى للأداء سواء كان القاضي معه في البلد أم لا ، كما لا فرق في التحمل ، وأن يكون النظر إلى الأجرة مطلقاً لا إلى أجرة المرکوب ونفقة الطريق خاصة ، ثم هو يصرف المأخذ إلى ما يشاء ، ولا يمنع من ذلك كون الأداء فرضاً عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعينه على الأصح انتهى كلامه .

والبحث الذي ذكره الرافعي في تحويل أخذ الأجرة على الأداء قياساً على التحمل ضعيف ، فقد فرق الماوردي وغيره بينهما بأن أخذ الأجرة في الأداء يوجب ريبة ، على أن الماوردي حكى وجهين فيما إذا كان ممتنعاً عن كسبه بالتحمل ، وجعل في أخذ الأجرة عليها ثلاثة أوجه :

ثالثها : يجوز على التحمل دون الأداء ، وقد ضعف في « الروضة » أيضاً مقالة الرافعي فقال : إنه ضعيف مخالف لكلام الأصحاب ، قال : فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد فهو محتمل ، والوجوب ظاهر .

قال رحمة الله: فصل في آداب التحمل والأداء منقوله من مختصر الصيمرى

قوله : وإن أتى بكتاب أنسئ على مختلف فيه عند العلماء وهو لا يعتقد ، فهل يعرض عنه أو يشهد لرؤيه ويحكم الحاكم باجتهاده ؟ وجهاً سبقاً انتهى .

وأشار إلى وجهين مذكورين قبل هذا بنحو ورقة وهو قبيل القيد الخامس وليس مطابقين لما هنا فتأمله .

قوله : وإذا قرأ الكتاب على المتابعين مثلاً فقال : عرفت ما فيه أشهد عليكم بما فيه ؟ فقالا : نعم . كفى للتحمل انتهى .

وما نقله عن الصيمرى من جواز الشهادة عليه بقوله أشهد وأقره عليه ، قد تابعه عليه أيضاً النووي ، وفي صحة التحمل بذلك اضطراب سبق إياضه في الباب الثاني من أبواب الإقرار وفي باب أركان الطلاق فراجعه .

قوله : ويستحب الاستعانة بما يفيد التذكير كما ذكرنا في الباب الثاني من أدب القضاء . انتهى .

والتعبير بقوله : ويستحب أعني بالسين والخاء هو الصواب ، وقد رأيته بخط النووي في « الروضة » كذلك فاعلمه ، فإن كثيراً من النسخ يقع فيها التعبير بقولنا يجب من الوجوب وهو تحريف .

الباب الرابع

في الشاهد واليمين

قوله في أصل «الروضة» : يجوز القضاء بشاهد ويبن ، ولا يقضى بشهادة امرأتين ويبن في الأموال قطعاً . انتهى .

وليس كما قال من دعوى القطع ، بل فيه خلاف ذكره في كتاب الشفعة في أوائل الباب الثالث المعقود لما يسقط به حق الشفيع ، فقال : فصل : إذا أخر الطلب ، ثم قال : أخرت لأنني لم أصدق ، فإن أخبره عدلان أو عدل وامرأتان بطل حقه وفي النسوة وجهاه بناء على أن المدعى هل يقضى له بيمينه مع امرأتين ؟ إن قلنا : لا ، فهو كالمرأة وإن كالعدل الواحد ، ولم يدع الرافعي هنا أن الجواز مقطوع به .

قوله أيضاً في «الروضة» : ولو كان في يد رجل شخص يدعي أنه رقيقه فادعى آخر أنه كان له وأنه اعتقه وأقام شاهداً وحلف ، أو رجلاً وامرأتين ، نص الشافعي - رحمه الله - أنه ينزع منه ويحكم بأنه عتق على المدعى بإقراره ، فمن الأصحاب من قال : في قبول هذه البينة والانتزاع قولان لأنهما شهادة تملك [متقدم]^(١) ، والمذهب : القطع بالقبول والانتزاع كما نص عليه . انتهى كلامه .

والرافعي - رحمه الله - في «الشرين» معاً لم يصرح بتصحيح شيء من الطريقين ، وإن كان قد صلح ما ذكره النووي من حيث الجملة .

قوله : ولو ادعى ورثة ميت ديناً أو عيناً لورثهم وأقاموا شاهداً واحداً ، وامتنعوا من الحلف ، وعلى الميت دين فهل للغريم أن يحلف ؟ فيه قولان :

(١) في ب : مقدم .

الجديد : المنع . انتهى .

ومحل هذا الخلاف كما قال الفوراني : ما إذا لم يكن في التركة وفاء غير هذا الدين ، فإن كان لم يحلف قطعاً .

قوله : والقولان في هذه المسألة جاريان في ما إذا قد أوصي لإنسان ولم يحلف الورثة ، هل يحلف الموصى له ؟ فإن كانت الوصية بعين وادعها في يد الغير ، فلا ينبغي أن يكون هذا موضع الخلاف ، بل يجوز لا محالة . انتهى .

وأشار بقوله في ما إذا قد أوصى لإنسان إلى الوصية بما ليس بعين كقوله : أوصيت له بمائة درهم ، فإنه حينئذ يكون نظير الدين المختلف فيه ، وما ذكره بعد وهي مسألة الوصية بالعين إذا أقام عليها شاهداً واحداً ولم يطلع فيها على نقل وقال : ينبغي أن يجوز للوارث فيها الحلف بلا خلاف ، قد اختلف فيها الأصحاب كما حكاه الماوردي والروياني فبعضهم قال : يحلف قطعاً ، وبعضهم خرجها على القولين ، وقد ذكر الرافعي في كتاب القساممة فرعاً آخر له تعلق بهذا ، وهو ما إذا أوصى بعين في يد نفسه فادعها شخص بعد موت الموصي ، ولم يقم على دعواه بينة ، فهل يحلف الوارث لتنفيذ الوصية ؟ قال : فيها احتمالان للإمام ، وقد تقدم الكلام عليه هناك .

قوله : فلو حلف بعضهم لم يشاركه في نصيبه من لم يحلف على المتصووص ، وما حكمه ؟ - يعني من لم يحلف - ينظر : إن كان حاضراً كامل الحال ونكل ذكر الإمام : أن حقه يبطل بالنكول ، ولو مات لم يكن لوارثه أن يحلف ، وفي كتاب ابن كج ما ينazu فـيـه وقد يوجه بأنه حقه فله تأخيره . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً ، وال الصحيح : أن حقه لا يبطل حتى يحلف هو ووارثه ، فقد قاله أيضاً القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وحكى

الإمام في موضع آخر فيه وجهين ، وكذلك الغزالى وجوزوا له على ذلك الوجه أن يدعى به ثانياً ويحلف إذا ردت اليمين عليه ، وقد حكى ذلك جميعه ابن الرفعة في «المطلب» .

قوله : قال الإمام : ولو أقام الورثة شاهداً وحلف معه بعضهم ومات بعضهم قبل أن يحلف ونكل كان لوارثه أن يحلف ، لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى ، والشاهد؟ فيه احتمالان ، والأشبه : أنه لا يحتاج . انتهى .

ذكر مثله في «الروضة» أيضاً ومقتضاه : أنهما لم يقفا في المسألة على نقل ، وقد صرخ الماوردي بالمسألة وجزم بما رجحه الرافعي ، وقال الغزالى في «البسيط» : إنه الظاهر .

قوله : ولو أقام بعضهم شاهدين على دين أو عين للمورث فإنه يثبت الجميع ثم يتزع القاضي نصيب الصبي والجرون ، وأما نصيب الغائب : فإن كان عيناً انتزعها ، وكلام الأصحاب يقتضي : أن هذا الانتزاع واجب وهو الظاهر ، لكن سبق في باب الوديعة أن الفاصل لو حمل المقصوب إلى القاضي والمالك غائب ففي وجوب قوله وجهان ، فيجوز أن يعود ذلك الخلاف هنا مع قيام البينة . انتهى .

وهذه الصورة التي تكلم عليها هنا وهي ما إذا مات صاحب العين ووارثه غائب ، فقد ذكرها في أوائل باب استيفاء القصاص ، وجزم بأن القاضي ينتزعها ، وعلله بأنه حفظ لحق الميت ، ثم جعل محل الخلاف المحكي في انتزاع الحاكم في ما عدا هذه الصورة .

وإذا علمت ما قاله هناك من التفرقة بين المسألتين في الحكم والمعنى علمت أن البحث الذي ذكره هنا ذهول عما قرره هناك .

قوله في «الروضة» : وهل يثبت الوقف بشاهد ويمين ؟ إذا قلنا الملك فيه لله تعالى : فيه وجهان أو قولان :

أحدهما : لا ، وبه قال المزني وأبو إسحاق [كالعتق] ^(١) ومال العراقيون إليه ونسبوه إلى عامة الأصحاب .

والثاني : نعم ، وهو المنصوص وصححه الإمام والبغوي ، وجزم به الغزالى وهو أقوى في المعنى . انتهى .

وما ذكره من جزم الغزالي به ليس كذلك ، فقد حكى في «البسيط» فيه وجهين ؛ ولهذا لم يذكره الرافعي ، وقد صرخ الرافعي في «الشرح الصغير» بتصحيح الثبوت بالشاهد واليمين ، وعبر بالأظهر .

قوله : ولو مات عن بنين ، فادعى ثلاثة منهم : أن أباهم وقف عليهم هذه الدار ومن بعدهم على كذا ، وأنكر سائر الورثة ، وأقاموا شاهداً وحلفو معه .

إذا قلنا به ثم ماتوا أخذه البطن الثاني وقف بلا يمين عند الجمهور ، فإن قلنا
لابد من اليمين فكان الحق بعد البنين الثلاثة للفقراء [وكانوا] ^(٢) غير
محصورين ، فهل يبطل الوقف وتعود الدار إرثاً أم تصرف إليهم بلا يمين ،
أم تصرف إلى أقرب الناس [للواقف بناء] ^(٣) على أنه تعذر مصرفه
كالوقف المنقطع ؟ فيه ثلاثة أوجه . انتهى .

قال في «الروضة» : الأصح : يأخذون بلا يمين وتسقط هنا لتعذرها ،
ولا يبطل الوقف بعد صحته ووجود المصرف بخلاف المنقطع .

(١) في ب : كالعين .

٢) سقط منْ أَ.

(٣) سقط من أ.

الباب الخامس

في الشهادة على الشهادة

قوله : وإنما يجوز التحمل إذا علم أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت ولمعرفته أسباب ثلاثة إلى آخره .

اعلم أن الأصل إذا استدعي شاهداً جاز لمن سمعه أن يشهد على شهادته ، كذا قال ابن القاص ، وصححه في « الشامل » ، فهو إذن سبب رابع لم يذكره الرافعى ولا النووى .

قوله : وإن عرض بالأصل فسق أو عداوة أو ردة ثم زالت فهل للفرع أن يشهد بالتحمل الأول أم يحتاج إلى تحمل جديد ؟ عن ابن سريج أنه يحتاج وصححه الإمام ، وروى وجهاً آخر : أنه لا حاجة إليه ، وهذا قضية إيراد « التهذيب » انتهى .

والصحيح : هو الأول ، كذا صححه النووى في « الروضة » ولم يتبه على أنه من « زوائد » ، بل أدخله في كلام الرافعى فتفطن له ، ولم يصرح بالمسألة في « الشرح الصغير » ولا في « المحرر » .

قوله : ولو طرأ على الأصل جنون فقيل تبطل شهادة الفروع كالفسق ، والجمهور على أنه لا أثر له كالموت ، لأنه لا يوقع دينه في ما مضى ، ويجري الوجهان فيما لو عمي وأولى بأن لا يؤثر فيه ، لأنه لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية ، ولو أغمى عليه قال الإمام : إن كان غائباً : لم يؤثر ، وإن كان حاضراً : لم يشهد الفرع بل يتظروا لزواله ؛ لأنه قريب الزوال ومقتضى هذا أن يكون الجواب كذلك في كل مرض يتوقع زواله لتوقع زوال الإغماء انتهى كلامه .

اعتراض النووي - رحمه الله - على هذا البحث الذي ذكره الرافعي، فقال : قلت : ليس كما قال الرافعي - رحمه الله - بل الصواب : أن المرض لا يلحق بالإغماء وإن توقع زواله قريباً ، لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمى عليه والله أعلم .

وهذا الاعتراض الذي ذكره - رحمه الله - غلط ظاهر ليس فيه ملائمة لبطلان ما يقوله الرافعي ، بل يقصد ما يقوله ويقويه ، لأن وجود الأصل وهو بصفة الشهادة لا شك أنه أقرب إلى عدم قبول الفرع من الحالة التي يخرج فيها الأصل عن الأهلية بسبب لا تقصير فيه ، والجرون الحاضر تقبل شهادة فرعه ولا شك أن إلحاق الإغماء [بالجنون أقرب من إلحاق المرض الذي لا يزيل العقل ، فإذا كنا ننتظر زوال الإغماء]^(١) لقريبه فانتظار المريض القريب أولى ولاشك أنه يوهم أن مراد الرافعي بإلحاق المرض بالإغماء إنما هو في بطلان شهادة فرعهما لتقديم الكلام فيه .

قوله : فإن شهد اثنان على شهادة أصل وآخران على شهادة الثاني: جاز، ولو شهد فرع على أصل وفرع آخر على شهادة الأصل الثاني: لم يصح ، ولم يذكروا فيه خلافاً ، ولو شهد فرعان على شهادة الأصلين معًا ففي قوله وجهان: أصحهما: الجواز . انتهى كلامه .

وما ادعاه من عدم الخلاف قد تبعه عليه في « الروضة » وعبر بقوله لم يصح قطعاً وليس الأمر كذلك ، فقد رأيت في « السلسلة » للشيخ أبي محمد الجوني في هذه المسألة قولين ، ونقلهما ابن أبي الدم في « أدب القضاء » عن الكتاب المذكور ، ونقلهما أيضاً ابن الرفعة عن ابن أبي الدم .

قوله : وإذا قلنا بأنه لا تجوز شهادة الفرعين على شهادة [الأصلين معًا فشهد أربعة على شهادة]^(٢) الأصلين، فوجهان: أحدهما: المنع أيضاً لأنهم

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

جميعاً إذا قاموا مقام شاهد واحد لا يقومون مقام الثاني .

والثاني : يجوز ، لأنه قد شهد اثنان منهم على شهادة زيد واثنان على شهادة عمرو ، فلا يضر تعرض شهادة زيد لشهادة عمرو ، وبالعكس قال الإمام : وهذا هو الذي لا يجوز غيره . انتهى .

والصحيح : هو الجواز ، كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » : وعبر بالأصل ، والنبوبي في أصل « الروضة » : وعبر بال الصحيح .

قوله : ومنها - أي ومن الأعذار المقتضية لسماع الفرع - الغيبة إلى مسافة القصر ، فإن كانت دون مسافة القصر فمنهم من أطلق وجهين منهم ابنقطان ، والأشبه : أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة لأداء الشهادة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً لم تسمع شهادة الفرع ، وتسمى هذه مسافة العدوى ، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع فهو موضع الوجهين . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره هنا من كون مسافة العدوى هي التي يرجع فيها المبكر إلى أهله بالليل سواء كان في أوله أو وسطه أو آخره ، قد تابعه عليه في « الروضة » أيضاً وليس كذلك ، بل الضابط أن يرجع قبل الليل ، كذا ذكره الأصحاب ، وذكره هو أيضاً في كتاب النكاح في الكلام على سوالب الولاية ، ولم يحك فيه خلافاً وتبعه عليه في « الروضة » .

الأمر الثاني : أن ما ذكره النبوبي هنا تبعاً للرافعي من تصحيح القبول في ما فوق مسافة العدوى مسلم ، وأما المنع في مسافة العدوى فقد خالفه في « المنهاج » : فقال : وشرط قبولها تعذر أو تعسر الأصل بموت أو إغماء يسبق حضوره أو غيبة لمسافة عدوى ، وقيل : قصر . هذا لفظه ، وهو اختلاف عجيب .

وكلام الرافعي سالم منه ، فإنه صحيح في « المحرر » أيضًا : أنها لا تسمع كما صحيح في الشرحين فقال : والأظهر أن الغيبة إلى ما فوق مسافة العدوى كالغيبة إلى مسافة القصر ، هذه عبارة « المحرر » فسها - رحمة الله - في « اختصاره » .

وما ذكره النووي في « المنهاج » مشكل على مسائل :

منها : إذا دعي لأداء الشهادة في بلد آخر ففي « الروضة » و«المنهج» وأصلهما : أنه إن دعي إلى مسافة العدوى فهي قربة يجب عليه الأداء ، وإن دعي إلى مسافة القصر فلا ، وكذا إن كان بين المسافتين على الأصح .

ومنها : أن الغائب إذا قلنا تسمع الدعوى عليه فشرطه أن يكون في مسافة بعيدة ، وضابط البعد على ما ذكره في الذهاب لأداء الشهادة قاله في « المنهاج » وغيره .

ومنها : إذا طلب من الحاكم إحضار غائب ، ففي « المنهاج » : أنه على هذا التفصيل ، فيقال للشيخ محبي الدين لم جعلت مسافة العدوى بعيدة في المسألة الأولى فقط وهي قبول شهادة الفرع وجعلتها قربة في باقي المسائل ؟

ولو غاب الولي فوق مسافة العدوى ودون مسافة القصر ، فالأصح : أنها كمسافة العدوى حتى لا يجوز للحاكم التزويع إلا بإذن ، وفرق « الرافعي » بوجهين :

أحدهما : أن الولي إذا زوج لم يحج إلى الحضور بل يوكل بخلاف الشاهد .

الثاني : أن الخصم قد يهرب فيفوت الحق ، والنكاح لا يفوت غالباً بهذا القدر من التأخير .

قوله في المسألة : وعبارة جماعة من الأصحاب : إن كان يلحقه مشقة

غليظة في المجيء إلى مجلس الحكم لم يكلف وسمعت شهادة الفرع ، وهذا يجوز أن يحمل على المشقة اللاحقة بالمجيء فيما فوق مسافة العدوى ، ويجوز أن يجعل أعم من ذلك ، وإلى الحمل الأول ميل ابن الصباغ . انتهى كلامه .

اعتراض في « الكفاية » فقال : لم يمل ابن الصباغ إلى الأول ، بل نقل عن الشيخ أبي حامد كلاماً يقتضي أنه - أي أبي حامد - يميل إليه ، ثم إن الأول قد صرخ به البندينجي والشيخ في « المذهب » وغيرهما ، وكلام الماوردي يميل للمحمل الثاني .

قوله : ويلحق خوف الغريم وسائل ما ترك به الجمعة بالمرض ، هكذا أطلق الإمام الغزالى ول يكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعم الأصل والفرع كالمطر والوحى الشديد . انتهى كلامه .

وما استدركه من إخراج العذر العام للأصل و الفرع من تجويز سماع شهادة الفرع بسببه ، قد تابعه عليه في « الروضة » ، ونقله أيضاً ابن الرفعة عنه خاصة وسكت عليه ، وهو تقيد باطل ووهم عجيب ، فإن مشاركة غيره له لا تخرجه عن كونه عذراً في حق الفرع إلا إذا اشتراكاً في سبب يستحيل الحضور معه لا في ما يكن مع المشقة ، فإن وجد المدعى من يتكلف ويؤدي الشهادة على الأصل في تلك الحالة سمعت ، ووجوده كبير خصوصاً عند إعطاء ما يرضى الشخص به ، وإن لم يوجد ذلك كان المانع عدم وجود الفرع .

الباب السادس

في الرجوع عن الشهادة

قوله : وكذا الحكم لو شهدوا بالردة فقتل ، أو بزنا المحسن فرجم ، أو على بكر فجلد ومات منه ثم رجعوا ، وذكر أبو الحسين العبادي احتمالين في أنهم يرجمون أو يقتلون بالسيف ؟ ، والأظهر : الأول . انتهى .
فيه أمران :

أحدهما : أن في هذين الاحتمالين وجهين للأصحاب ونقلهما من هو أقدم من العبادي المذكور وهو القاضي الحسين ونقلهما عنه ابن الرفعة في « الكفاية » و « المطلب » ، وقد سبق ذكرهما أيضًا من كلام الرافعي في باب استيفاء القصاص لكن في مثال آخر .

الأمر الثاني : أن الاحتمال الذي صححه الرافعي وهو كونه يرجم ، قد جزم به البغوي في « فتاويه » ، وهو لا يوافق القواعد المقررة في كتاب القصاص لأن شرط الاقتصاص بالحجر معرفة موضع الجناية وقدر الحجر وعده كما أوضحوه في موضعه ، والمرجوم في الزنا لا تنضبط [هذه الأمور في حقه قطعًا ، ولو فرضنا أنها انضبطة فهي لا تنضبط] ^(١) أيضًا في حق الشاهد حتى يرجم فيتعذر القصاص بما فعل ، وتعيين أن يكون الصواب هو الانتقال إلى السيف ، وقد سبق في باب استيفاء القصاص تعرض للمسألة ، وهذه المسألة ذكرها الرافعي في آخر الباب فنقلها النووي إلى هنا فتابعته عليه .

قوله : ولو رجع الولي مع الشهود فوجهان :

(١) سقط من أ.

أحدهما : أن القصاص أو الدية بكمالها على الولي ، لأنه المباشر وهم معه كالممسك ، وهذا أظهر : عند الإمام .

والثاني : وهو الأصح عند صاحب « التهذيب » : أنهم معه كالشريك انتهى كلامه .

لم يصح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً ولا في « المحرر » ، فإنه قال - فيه أعني في « المحرر » - : رجح كلام كلاً منهما مرجحون .

والأصح : هو الأول ، كذا جزم به الرافعي في أوائل الجنایات في الكلام على القتل بشهادة الزور ، وقال في « الروضة » من « زوائد » هنا : إنه الأصح نقاً ودليلًا .

قوله : ولو رجع الشهود بعد القتل وقالوا : أخطأنا ، وكان الجاني أو الزاني غيره ، فلا قصاص وتحجب الديمة .

قال الإمام : وقد يرى القاضي والخالة هذه تعزير الشهود لتركهم التحفظ . انتهى كلامه .

وما اقتضاه كلام الإمام من جواز التعزير ، وتابعه عليه الرافعي والنوي قد ذكره أيضاً الغزالى في « البسيط » و « الوسيط » وعبر بالعبارة المنقولة عن الإمام ، المعروف : عدم التعزير على خلاف ما قاله ، فقد جزم به القفال والقاضي أبو الطيب في آخر الباب من « تعليقته » والبنديجي في « تعليقته » أيضاً ، وابن الصباغ في « الشامل » والبغوى في « التهذيب » والروياني في « البحر » وأبو نصر البنديجي في « المعتمد » والقاضي مجلبي في « الذخائر » .

نعم ذكر الرافعي في أول الباب : أن شهود الزنا إذا رجعوا وقالوا : أخطأنا يحدون على الصحيح لما فيه من التعبير وكان حقهم أن يثبتوا ، قال : وعلى هذا فترت شهادتهم ، والفرق ما أشار إليه الرافعي من التعبير بالرمي من

الزنا ولهذا وجب فيه الحد بخلاف نسبته إلى القتل ونحوه من الكبائر .

قوله : وقول «الوجيز» : ولو قال : تعمدت ولكن ما علمت أنه يقتل بقولي هذا يدخل فيه ما إذا قال : لم أعلم أنه يقتل بما شهدت عليه بل ظنت أنّه يحبس أو يؤخذ منه المال ، وهي الصورة التي ذكرناها وفرقنا بين أن يكون قريب العهد بالإسلام أو بعيداً ، أو يدخل في ما إذا قال : لم أعلم أنه يقتل بقولي ؛ لأنني ظنت أنني أجرح بأسباب تقتضي الجرح ، ويمكن أن يجعل هذا خطأ . انتهاء كلامه .

واعلم أن الصورة الأولى : وهي ما إذا ظن الحبس ونحوه ، قد صرّح بها قبل ذلك ، وصحّ أن القصاص لا يجب فيها ، بل الواجب فيها دية شيء العمد .

وأما الصورة الثانية : وهي ما إذا ظن الجرح فقد اقتضى كلامه أنها أولى بعدم وجوب القصاص مما قبلها فإنه أدرجها في كلام الغزالى ، ومال إلى أنها من صور الخطأ لا من شبه العمد ، وهذه الصورة قد حذفها من «الروضة» فلم يذكرها بالكلية ، والحكم الذي ذكره فيها الرافعى مشكل ، وذكر في «الشرح الصغير» قريباً مما ذكره في «الكبير» .

قوله : فرع : قال أبو الحسين ابن القطان : لو رجع الشهود وقالوا : أخطأنا [وادعوا أن العاقلة تعرف أنهم أخطأوا و] ^(١) عليهم الدية ، فقالت العاقلة : لا نعلم ، ليس للشهود تحليفهم وإنما تطالب العاقلة إذا قامت البينة . قال ابن كح : [ويحتمل] ^(٢) أن يقال : لهم تحليفهم لأنهم لو أقرروا غرموا . انتهاء كلامه .

واعلم أن الجاني إذا اعترف بالخطأ أو شبه العمد وكذبه العاقلة فله

. (١) سقط من أ .

. (٢) سقط من أ .

تحليفهم على نفي العلم كذا جزم به الرافعي في باب العاقلة فيكون الصحيح خلاف ما قاله ابن القطن ، فإن الشاهد فرد من أفراد ما دخل هناك في كلامه فاعلمه .

قوله : أما إذا شهدوا بطلاق رجعي ، ثم رجعا ، نظر : إن راجعها : فلا غرم إذا لم يعنت عليه بشهادتهما شيء ، وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة : التحقق بالطلاق البائن ووجب الغرم ، هكذا ذكره صاحب « التهذيب » ، وحکى أبو الفرج السرخسي عن القاضي الحسين وجهاً : أنه لا غرم إذا لم يراجع لتقصیره بترك التدارك ، وأطلق « ابن كج » وجهين في أن الشهادة على الطلاق الرجعي والمرجوع عنها هل تقتضي غرماً ؟ ، وما إلى المنع ؟ وحکاه عن ابن أبي هريرة ، فإن أوجبنا فغرموا ثم راجعها الزوج ، فهل عليه رد ما أخذ ؟ فيه احتمالان ذكرهما أبو الحسن العبادي ، زاد النووي فقال : الصواب : الجزم بالرد والله أعلم .

فيه أمور :

أحدها : أن الغرم له ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون بعد الرجعة .

والثاني : قبلها وبعد انقضاء العدة .

والثالث : أن يكون قبل الرجعة وقبل انقضاء العدة أيضاً .

والذي دل عليه كلام الرافعي فإن البغوي ساكت عن هذا القسم الثالث وهو كذلك ، فإنه قال : ولو شهدا على طلاق رجعي ثم رجعا بعد الحكم ، فإن لم يراجعها الزوج حتى انقضت العدة : يجب المهر على الشهود ، فإن راجعها : فلا غرم ، هذه عبارته .

وإذا علمت ذلك فقد ذكر القاضي الحسين في « تعليقته » هذا القسم ،

وأجاب فيه بالغروم ، فقال ما نصه : فإن شهدوا بالطلقة الرجعية ثم رجعوا يحتمل أن يقال : لا يغرون شيئاً راجعها أم لم يراجعها ، لأنهم ما أزالوا الملك بل الزوج أزاله بترك المراجعة ، والظاهر : وجوب الغرامة لقول الشافعي في «المختصر» لأنهم حرموه عليه ثم ينظر : إن راجعها : فيسترون الغرم من الزوج ، وإن لم يراجعها : استقر الغرم على الشهود . هذا كلامه . ذكره في أثناء فرع أوله : قد ذكرنا أن الشهود ، وقد أعلمتك في أول الكتاب أن «التهذيب» ملخص من هذه التعليقة التي هي لشيخه وخلاصتها فلما لخص البغوي هذه المسألة عبر بعبارة قاصرة .

ثم على ما قاله القاضي إذا غرمهم في العدة ، ثم قبل انقضائهما مات الزوج أو ماتت المرأة أو طلقها طلاقاً بائناً فلا استرداد ، وكلامه يشير إليه أيضاً .

الأمر الثاني : أن تعير الرافعي بقوله : وحکى السرخسي عن القاضي الحسين وجهاً أنه لا غرم ، لا يعلم منه هل هو ناقل له أو قائل به ؟ وقد ظهر لك انتفاء كل منهما ، وإنما نسبت إليه نسبة قولين للشافعي ذكرهما في وقت واحد ، ورجح أحدهما على الآخر .

الأمر الثالث : أن النووي - رحمه الله - قد اختصر كلام الرافعي بقوله : ولو شهدا بطلاق رجعي ، ثم رجعا فلا غرم إذا لم يفوتا شيئاً ، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة التحق بالبائن ووجب الغرم هذه عبارته ، فأوجب الرجوع في القسم الثالث مع أن الرافعي لم يذكره وزاد على ذلك فصححه ، ووقع في «الكفاية» لابن الرفعة هذا الغلط أيضاً وقد نبهت عليه في «الهداية إلى أوهام الكفاية» ولم يصحح الرافعي أيضاً شيئاً في هذه المسألة من «الشرح الصغير» ، ولم يذكرها في «المحرر» ، وحکى الروياني في «البحر» في المسألة طريقين : حاكية لوجهين ، وقاطعة بعدم الرجوع ،

وصحح الطريقة القاطعة ، وجزم أيضاً أبو نصر البندنيجي في « المعتمد » : بأنه لا يرجع ، وأما غير من ذكرناه فقل من تعرض في المسألة لتصحيح .

فائدة : يتلخص مما حكاه الرافعي في الرجعية أربعة أوجه ، وإن كان بعضها احتمالات فإن احتمالات أصحاب الوجه وجوه ، ويؤخذ تعليل جميعها من كلامه :

أحدها : يغرمهم الزوج من حين الرجوع ، وتستقر الغرامة لأنه إن لم يراجع فقد حصل التفويت ، وترك السعي فيه غير مانع كترك المداواة في الجراحة ، وإن راجع فقد حصل نقصان العدد فأشبهه الطلاق البائن إذا حصل بعد التجديد ، وهذا الوجه قد ضعفه النووي .

والثاني : لا يغرون أصلاً ، لأنه إن راجع : فلم يفت عليه شيء بخلاف تجديد النكاح فإنه لابد فيه من الرضى وبذل المال ، ومجرد تبعيض العدد لا يقابل بالعوض ، وإن لم يراجع : فهو المفوت على نفسه ، وليس كترك المداواة فإن حصول أثرها مظنون بخلاف رجعة الزوج .

والثالث : لا يغرمهم إلا إذا انقضت العدة ، ولم يراجع وهو ما صححه النووي .

والرابع : يغرمهم من حين الرجوع ، ولكن إن راجع فيستردون ويعرف تعليل هذين مما سبق .

إذا اختصرت فقل :

أحدهما : يغرمهم وتستقر الغرامة .

والثاني : يغرمهم ولكن إذا راجع فيستردون منه .

والثالث : يغرمهم ولكن عند انقضاء العدة بدون رجعة .

والرابع : لا يغرمهم مطلقاً .

قوله : وإن زادوا عن الحد المعتبر بأن شهدا بالحد أو القتل ثلاثة أو بالزنا

خمسة ، فإن راجع الكل فالغرم يوزع عليهم بالتسوية وإن رجع البعض فإن ثبت العدد المعتبر فوجهان ، ويقال قولان ، أصحهما وبه قال الإصطخري وابن الحداد: أنه لا غرم على الراجع ، لأنه نفي من تقوم به الحجة ، قال في «التهذيب» : ولا خلاف أن القصاص لا يجب والحالة هذه ، لكن في «الفروق» عن القفال وجوبه [انتهى ملخصاً] .

وما نسبة هنا إلى ابن الحداد من عدم التغريم خلاف مذهبه [١) فإن الذي قاله إنما هو الوجه الثاني ، كذا رأيته في فروعه [في مسألة ما إذا شهد بالقتل ثلاثة فرجع واحد ، وصرح أيضاً في فروعه [٢) بوجوب القصاص كما نقل عن القفال .

قوله : وهل يتعلق الغرم بشهود الإحسان مع شهود الزنا ، وبشهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق والعتق؟ فيه وجهان في رواية جماعة منهم: المحاملي ، وصاحب «التهذيب» ، وقولان في رواية آخرين منهم: الإمام وصاحب «الكتاب» والروياني ، وال الصحيح على ما ذكره صاحب «التهذيب»: أنه لا غرم عليهم انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي في «الشرح الصغير» والنwoي في أصل «الروضة» قد رجحا أن الخلاف وجهان .

الثاني : أن الرافعي لما لم يقف على ترجيح إلا للبغوي ، تابعه عليه في «المحرر» : وعبر بالأظهر ، وصرح أيضاً بموافقة أتباعه لصاحب «الحاوي» والنwoي في أصل «الروضة» وغيرها ، والمعروف ، هو الغرم ، فقد صححه الماوردي في «الحاوي» و الجرجاني في «الشافي» وأبو نصر

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

البنديجي في «المعتمد» .

قوله في المسألة : وإذا قلنا يتعلّق الغرم برجوعهم فيعتبر نصاب الشهادتين حتى يكون ثلثا الغرم على شهود الزنا وثلثه على شهود الإحسان، وقبل : يجب عليهما نصفين ، ثم قال ما نصه : ولا يجيء في شهود الصفة إذا علّقنا الغرم برجوعهم إلا التنصيف . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من أنه لا يتصرّف فيه إلا التنصيف تابعه عليه في «الروضة» أيضًا ، وليس [كذلك فقد تكون الصفة لا تثبت إلا بأربعة كالزنا فينعكس الحكم فيكون الثالثان]^(١) على شهود الصفة والثالث على شهود التعليق .

(١) سقط من أ .

كتاب الدعاوى والبيانات

وفيه خمسة أركان :

الأول في الدعوى

قوله : وحيث جوزنا لصاحب الدين أن يأخذ من مال المدين المنكر أو المماطل ، نظر : إن كان المأخذ من جنس حقه فله تملكه . انتهى .

تابعه في « الروضة » على التعبير بأنه له التملك ومقتضاه أنه لا يملكه بمجرد الأخذ وكلامه في أول المسألة الثالثة من هذه المسائل يدل عليه أيضاً تقليداً في التعبير لصاحب « البحر » ، وليس كذلك .

ووجهه : أن هذا الفعل إنما يجوز لمن يقصد أخذ حقه بلا شك ؛ ولهذا قال صاحب « البحر » وغيره : لو أخذه ليكون رهناً عنده بحقه لم يجز وكان ضامناً بلا خلاف ، وإذا وجد القصد مقارناً للأخذ كفى ولا حاجة إلى اشتراطه بعد ذلك ؛ ولهذا عبر الإمام بقوله : فإن قصد أخذه عن حقه ملكه .

وعبر في « التهذيب » بقوله : فإذا أخذ جنس حقه تملكه .

نعم هل يشترط التلفظ أم لا ؟ يحتمل تخریجه على المتنقطع إذا عرف ومضى الحال ، واختار التملك ، والصحيح فيه : عدم الاشتراط .

قوله : وإن أخذ من غير جنس حقه فوجهان :

أحدهما : أنه يرفع الأمر إلى القاضي لبيعه .

وأصحهما عند العراقيين والروياني والعبادي : أنه يستقل ببيعه ، ثم قال ما نصه : وبه أجاب صاحب « التهذيب » ، ولكن فيما إذا كان القاضي جاهلاً بالحال ولا بيته للأخذ ، فإن كان عالماً : فظاهر المذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن تعبيره في آخره بقوله ظاهر المذهب كذا وكذا هو من تتمة كلام البغوي ، كذا رأيته في « التهذيب » بهذه العبارة بعينها .

وإذا علمت ذلك فيحتمل أن تكون مقالة البغوي استدراكاً لما تقدم ، وأن يكون إطلاق من أطلق محمولاً ، ويحتمل أن تكون حكاية لمقالة مرجوحة والأول باق على عمومه كما هو الغالب في استعمالهم ، والأول هو المراد على ما أفاده كلام الرافعي في « المحرر » و « الشرح الصغير » ، فإنه لم يثبت فيها هذه المقالة بالكلية ، وحذفها وحذف الوجوه المرجوحة ، وقد حمل في « الروضة » ذلك على الاحتمال الأول حملاً بلا دليل ، فإنه لم يحك وجهًا بل جزم به ، ويدفعه ما تقدم ، ثم إنه عبر عن قول البغوي وظاهر المذهب بقوله والمذهب ذهولاً عن اصطلاحه في التعبير به عن الطريقين وهو غريب .

الأمر الثاني : أن قول الرافعي : ولا بينة له ، لم يتكلم هو ولا النووي على مفهوم هذا القيد ، وهكذا وقع في « التهذيب » أيضاً ، وكان حتى التقسيم أن يقول : فإن كان عالماً أو له بينة .

لكن قد ذكر الرافعي أن المنكر إذا كانت عليه بينة يجوز الأخذ من ماله بلا مرافعة إلى الحاكم على الصحيح لما في المرافعة من المشقة والمؤنة وتضييع الزمان ، وهذا المعنى قد يوجد في البيع أيضاً .

الأمر الثالث : أن إطلاق القول بجواز الأخذ من غير الجنس محله إذا لم يجد أحد النقادين ، فإن وجده تعين ولم يعدل إلى غيره ، كذا نقله في « المطلب » عن المتولي وارتضاه ولم ينقل غيره وهو واضح .

الأمر الرابع : كما يجوز للظافر أن يبيع بنفسه ، يجوز له أن يوكل فيه ، كذا أطلقه النووي من « زوائد » في آخر تعليق الطلاق .

قوله : وبنى الشيخ أبو محمد الخلاف على الخلاف في أن ملتقط اللقيط هل يستقل بالإنفاق على اللقيط من ماله أم يرفع الأمر إلى القاضي ؟ ويحکى مثل هذه عن القفال ، لكن المذكور في باب اللقيط ، أنه لا يستقل بالإنفاق من غير تعرض لخلاف ، وإنما الخلاف في أنه هل يستقل بالحفظ ؟ . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف في باب اللقيط عن استقلال الملتقط بالإنفاق غريب ، فقد ذكر الرافعي هناك وجهاً موافقاً لكلام الشيخ أبي محمد والقفال هنا ، فإنه حکى وجهاً : أنه إن فعله فلا ضمان عليه كما سبق ذكري له في موضعه ، وهذه العبارة مرادفة لجواز الإنفاق ولهذا عبر هنا بقوله : وإنما الخلاف في أنه هل يستقل بالحفظ ؟ ولو استحضر ذلك الخلاف وكان مغايراً للجواز لكان ذكره أقرب ، ولكن يرد عليه أيضاً في دعواه حصر الخلاف في الحفظ .

قوله : ثم إذا باع ، فإن كان الحق من جنس نقد البلد بيع المأخذ به ، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة بيع الثوب بنقد البلد ثم يشتري به حنطة ، وحکى الإمام عن محققي الأصحاب : أنه لا يجب هذا التوسط ، بل يجوز أن يشتري الحنطة بالثوب . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن إطلاقه النقل عن المحققين تبعه عليه في « الروضة » أيضاً وليس بصحيح ، بل عبر الإمام بقوله : وقد ذهبت طائفة من محققينا إلى الجواز وهذا متوجه حسن هذه عبارته .

والطائفة قيل : أقلها واحد ، وقيل : اثنان ، وقيل : ثلاثة .

الأمر الثاني : أن ما رجحه هاهنا من امتناع البيع بغير نقد البلد قد سبق في الفلس ما يوافقه ، فقال : يجب على القاضي أن يبيع مال الفلس بنقد

البلد حالاً ، ثم إن كانت الديون من غير جنس ذلك النقد ولم يرض المستحقون إلا بجنس حقهم فيحصل به ذلك الجنس ، فإن رضوا صرفه إليهم إلا أن يكون سلماً .

إذا علمت ذلك فقد خالف في كتاب الرهن في الكلام على بيع العدل ، فقال : ولو رأى الحاكم أن يبيعه بجنس حق المرتهن جاز ، وذكر مثله في أول الباب الثاني من أبواب الوكالة .

قوله : وهل يكون المأخذ مضموناً على الأخذ حتى إذا تلف قبل البيع أو التملك يتلف من ضمانه أم لا ؟ فيه وجهان : أقواهما : نعم ، وهو الذي أورده الصيدلاني والإمام . انتهى .

ومحل الخلاف إذا تلف قبل التمكן من البيع ، فإن تمكناً منه فلم يفعل كان ضامناً بلا خلاف .

كذا ذكره الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » .

قوله : وإن لم يظفر إلا بمتاع قيمته على قدر حقه ، فإن قلنا : لو كان المأخذ قدر حقه لا يكون مضموناً عليه فكذلك الزيادة ، وإن قلنا : يكون مضموناً عليه ، ففي الزيادة وجهان :

أرجحهما على ما يقتضيه نظم الكتاب : المنع . انتهى .

والراجح : هو عدم الضمان ، فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » : إنه أرجح الوجهين ، والنوعي في « الروضة » : إنه الأصح ، ولم يتبه على أنه من « زوائد » بل أدخله في كلام الرافعي ففقطن له .

قوله : وإن استحق المكسر وظفر بالصحيح حكى الإمام فيه طريقين .
أحدهما : جواز الأخذ لاتحاد الجنس .

الثاني : أنه على الخلاف المذكور في ما إذا ظفر بغير الجنس ، لأن اختلاف العرض باختلاف الصفات كاختلافه باختلاف الأجزاء . انتهى .

لم يرجح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً .

وفيه أمران :

أحدهما : أن الصحيح : هو الطريقة الثانية ، كذا صححتها الإمام وعبر بالأصح ، والعجب من حذف الرافعي لهذه الزيادة من كلام الإمام .

الثاني : أن النووي قد صرحت في « الروضة » : الطريقة الأولى ولم يتبناه على أنه من « زوائد » بل أدخله في كلام الرافعي فقال : المذهب جواز الأخذ لاتحاد الجنس ، وقيل : فيه الخلاف في اختلاف الجنس هذا لفظه فتقطن له .

قوله : فرع : كما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد أو المماطل يجوز الأخذ من مال غريبه ، بأن يكون لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله : يجوز لزيد أن يأخذ من مال بكر ماله على عمرو ، ولا يمنع من ذلك رد عمرو وإقرار بكر له ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو . انتهى .

واعلم أن الأخذ وإن كان جائزًا لكن الدعوى به لا تسمع كما ذكره الرافعي في كتاب الفلس ، ونقله أيضًا هنا عن تصحيح القاضي الحسين . ذكر ذلك في الكلام على تعارض البيتين في المدرك الثالث من مدارك الترجيح فقال : فرع : المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده وانتزع منه ولم يظفر بيائمه هل له أن يطالب الأول بالشمن ؟ في فتاوى القاضي الحسين » : الأصح : أنه لا مطالبة .

قوله : فرع : آخر جحد دينه وله عليه دين بضم آخر قد قبضه وشهود الصك لا يعلمون القبض ، قال القاضي أبو سعد : يدعى ذلك ويقييم البينة ويقتضيه بدينه الآخر ، وفي فتاوى القفال : أنه ليس له إقامة أولئك الشهود ، لأنهم لو شهدوا فاستحلفه على بقائه لم يكن له أن يحلف ، وذلك يدل على أن ما يشهدون به غير ما يدعى به . انتهى .

والصحيح قول أبي سعد كذا قاله في « الروضة » من « زوائد ». .

قوله : وفي حد المدعى قوله : أحدهما : أن المدعى من المتخاصمين هو الذي إن سكت خلي ولم يطالب بشيء ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر ، فإن أدعى زيد ديناً في ذمة عمرو أو عيناً في يده وأنكر فزيد هو الذي لو سكت ترك وهو الذي يذكر خلاف الظاهر ، لأن الظاهر براءة ذمة عمرو وفراغ يده عن حق الغير ، وعمرو هو الذي لا يترك وسكته يوافق قوله الظاهر فزيد مدع بموجب العبارتين وعمرو مدعى عليه ، ولا يختلف موجبهما في الأغلب ، وقد يختلف كما إذا أسلم الزوجان قبل الميسis واختلفا فقال الزوج : أسلمنا معًا فالنكاح باق بيننا ، وقالت المرأة : بل على التعاقب ولا نكاح بيننا ، فإن قلنا : المدعى من لو سكت لترك فالمرأة المدعية والزوج مدعى عليه ، لأنه لا يترك لو سكت ، فإنها تزعم انفاسخ النكاح فتحلف ويحكم باستمرار النكاح إذا حلف ، وإذا قلنا : المدعى من يخالف قوله الظاهر والزوج هو المدعى ؛ لأن التساوي الذي يزعمه خلاف الظاهر والمرأة مدعى عليها لموافقتها الظاهر فتحلف وإذا حلفت حكم بارتفاع النكاح . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه من فائدة الخلاف فيه نظر ، فإنه إذا أدعى عليها استحقاق دوام التمكين بحكم دعوه ، فإنها لا تخلى وسكتها ، وكأن الكلام مفروض في ما إذا ادعت عليه رفع يده عنها بحكم التعاقب في الإسلام ويتquin ذلك ليكون في كل جانب أحد المعنين ، وإنما فلو كان الزوج مدعياً لكان يجتمع في حقه الوصفان كونه مدعياً أمراً خفيّاً ويخلّي وسكته ، وهذا كما إذا أدعى زيد ديناً على عمرو فقد اجتمع فيه الأمران كونه يخلّي وسكته ، وكون دعواه تحالف الظاهر ، وعمرو هو الذي لا يترك لو سكت ويوافق قوله الظاهر ، لكن مجيء القولين ممكن في الطرفين بمعارضة الأصل والظاهر كيف ما فرض سواء ابتدأ الزوج أم لا ، وحينئذ لا

دلالة في ذكر القولين على الاستنباط المذكور، لأن مأخذ الخلاف حاصل في الطرفين، بل ظاهر كلامهم : أن التصوير في ما إذا ابتدأ الزوج بالدعوى ، فكان ينبغي أن لا يجيء خلاف والحالة هذه لوجود المعنين فيه .

قوله في المسألة : ولو قال الزوج : أسلمت قبلي ولا نكاح ولا مهر ، وقالت : بل أسلمنا معًا وهمًا بحالهما .

فقوله في الفراق لم يلزمـه ، وأما في المهر فالقول قول الزوج ، إن قلنا: المدعى عليه [من يوافق قوله الظاهر لأن التعاقب الذي مدعـيه هو الظاهر ، وقول المرأة إن قلنا : المدعى عليه]^(١) من يترك لو سكت، لأنها لا تترك بالسـكوت ، إذ الزوج يزعم سقوط المهر فإذا سكتت ولا بـينة جعلـت ناكـلة وحـلف الزوج ويـحكم بالـسقوط . انتـهي كلامـه .

وهذا الذي ذكره الرافعي - رحـمه الله - مشـكل ، لأنـها إن لم تـكن قبـضـت المـهر : فـهي مـدـعـية عـلـى كـلا القـولـين ، وإنـ كانت قد قـبـضـته : فالـزـوج مـدـعـيـ به وـهـو يـخـلـي وـسـكـونـه وـهـي مـدـعـية ، إنـ قـلـنا : المـدـعـيـ من يـدـعـي خـلـافـ الـظـاهـر .

قولـه : وإـذا اـدعـى وـلـم تـقلـ للـقـاضـي : مـرـهـ بالـخـروـج عـنـ حـقـيـ أوـ سـلـهـ جـوابـ دـعـواـيـ ، فـهـل يـطـالـبـهـ القـاضـيـ ؟

فيـهـ وجـهـانـ : أـظـهـرـهـماـعـنـابـنـ الصـبـاغـ : نـعـمـ ، للـعـلـمـ بـأنـهـ الغـرضـ منـ الحـضـورـ ، وـأـصـحـهـماـعـنـ القـاضـيـأـبـوـ سـعـدـ : لـاـ . اـنتـهيـ كـلامـهـ .

وـهـذـهـ المـسـأـلـةـ قدـ اـخـتـلـفـ فـيـهاـ كـلـامـ الرـافـعـيـ ، وـقـدـ تـقـدـمـ ذـلـكـ مـبـسوـطـاـ فـيـ الـبـابـ الثـانـيـ مـنـ أـبـوـابـ القـضـاءـ فـيـ أـوـاـئـلـ الفـصـلـ الثـالـثـ المـعـقـودـ لـلـتـسـوـيـةـ فـرـاجـعـهـ .

قولـهـ : إـذا قـامـتـ بـيـنـةـ عـلـىـ المـدـعـيـ عـلـىـ فـادـعـيـ إـبـرـاءـ أوـ أـدـاءـ فـيـ الدـينـ أوـ

(١) سـقطـ منـ أـ.

بيعاً أو هبة أو إقباضاً في العين ، وأسنده إلى ما قبل الشهادة ، فإن لم يحكم القاضي حلف المدعي على نفيه ، وإن حكم فوجها ، ذكر في «التهذيب» أن الأصح : عدم التحليف . انتهى .

والصحيح : ما صححه البغوي فقد صححه الرافعى في «الشرح الصغير» والنوى في «أصل الروضة» .

قوله : ولو قال : إن الشهود فسقة والمدعي يعلم ذلك فهل له تحليفه أنه لا يعلم ؟ وجهان طردوهما في كل صورة ادعى فيها ما لو أقرّ به الخصم لنفعه بأن قال للمدعي عليه : إنك قد أقررت لي بكتذا ، أو قال وقد توجهت عليه الدعوى : إن المدعي حلفني مرة ، وأراد تحليفه ، ويشبه أن يكون الأصح : أن له التحليف ، لكن ذكر البغوى : أن الأصح : عدم التحليف إذا ادعى فسق الشهود أو كذبهم . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذه المسألة قد تعارض فيها بحث الرافعى مع تصحيح البغوى ولم يطلع الرافعى على تصحيح صريح إلا للبغوى مع أنها قد نص عليها الشافعى في «البوطي» ، فقال : وإن أراد المشهود عليه أن أحلفه أنها في ملکه أحلفته ، ولا يحلفه على أن المشهود شهدوا الحق ، ثم قال عقبه من غير فاصل : وكلما ادعى عليه سوى هذا أحلفته له مثل أن يقول : غصبنيه أو باعنيه ، أو قد علم أن الشهود شهدوا بغير الحق أحلفته على علمه في الشهود أنهم لم يشهدوا بباطل وعلى البت في ما سوى ذلك هذا لفظه بحروفه ، ومن «البوطي» نقله ، وحيثئذ تعين أن يكون الجواز في باقي الأمثلة كذلك .

الأمر الثاني : أنه قد أطلق محل الخلاف في التحليف ، ومحله إذا ادعى التحليف عند قاض آخر فإن قال للقاضي : إن حلفني عندك مرة ، فكلام

الرافعي بعد هذا قبيل الكلام على النكول بقليل مشعر بأنه لا يحلفه .

قوله : ولو قال المدعى عليه بعد قيام البينة : إنه قد أبرأني عن هذه الدعوى ، فهل يسمع لدعواه ليحلف المدعى ؟ فيه وجهان : المذهب منهما على ما ادعاه الروياني : أنه يجاب لأنه لو أقر أنه لا دعوى عليه بري .

واختيار القفال : أنه لا يحلف وهو الذي أورده صاحب « الكتاب » لأن الإبراء عن نفس الدعوى لا معنى له إلا بتصوير وصلاح على الإنكار وإنه باطل . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » أيضاً ، وال الصحيح : الثاني فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » : إنه أظهر الوجهين .

قوله : وإن شرطنا التفصيل في دعوى النكاح والشهادة به وهو الصحيح ففي الإقرار وجهان في « الوسيط » : أظهرهما : الاكتفاء بالإطلاق .

والفرق : أن المقر لا يقر إلا عن تحقيق وثبت . انتهى كلامه .

وهذا الذي صححه هنا قد ذكر ما يخالفه في كتاب النكاح في الركن الرابع ، ووقع هذا الاختلاف في « الروضة » أيضاً على وجه أشد مما وقع في الرافعي ، وقد تقدم إيضاحه في النكاح فراجعه .

قوله : ولو ادعت أنها زوجته فأنكر فليس لها أن تنكح غيره ، إذا لم نجعل الإنكار طلاقاً إلى أن يطلقها أو يموت .

قال في « التهذيب » : أو ينسخ بإعساره أو لامتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً من الفسخ ولتكن هذا مبنياً على أن للمرأة أن تنفسخ بنفسها ، أما إذا أحوجناها إلى القاضي فما لم يظهر له النكاح كيف يفسخ أو يأذن في الفسخ ؟ انتهى كلامه .

ومتوجه ما أطلقه البغوي وتكون الضرورة مجوزة لاستقلالها بالفسخ كما

يستقل من ظفر بغير جنس حقه بالبيع والاعتراض لأجل ذلك .

قوله : ولو قامت بينة أحدهما على النكاح وبينة الآخر على إقرارها بالنكاح فيبينة النكاح أولى كما لو شهدت بينة واحد بأنه غصب منه كذا ، وبينة الآخر بأنه أقر به . انتهى .

واعلم أن الرافعى قد ذكر بعد هذا قبل الباب المعقود للدعوى النسب وإلحاق القائف بنحو ورقة عن البغوى ما يقيد هذا الإطلاق فقال : وفي «فتاوی الشیخ الحسین الفراء» : أنه إذا ادعى رجل نکاح امرأة فأقرت بأنها زوجته منذ سنة ، ثم جاء آخر وأقام بينة أنها زوجته ونكحها منذ شهر ، يحكم للمقر له لأنه قد ثبت بإقرارها أن النكاح للأول فما لم يثبت الطلاق لا حكم لنکاح الثاني .

قوله : وفي سماع الدعوى بالدين المؤجل ثلاثة أوجه : أصحها عند الheroi : لا تسمع .

وثلاثها : إن كانت له بينة فتسمع دعواه لتسجيل فيأمن غيبتها وموتها ، وإلا فلا . انتهى ملخصاً .

والراجح : عدم السماع ، كذا صححه النووي في «المنهاج» وفي «أصل الروضۃ» فقال : إنه الأصح .

وكلام الرافعی يُشعر به أيضاً فإنه قال : فيه وجهان : رجع منهما : المنع ، وكذلك في «الشرح الصغير» .

قوله : وفي دعوى الجارية الاستيلاد ، ودعوى الرقيق التدبير وتعليق العتق بصفة طريقان : أحدهما : أنها تسمع ، لأنها حقوق ناجزة .

والثاني : أنها على الخلاف في دعوى الدين المؤجل والاستيلاد

[أولاها] ^(١) بالسماع لفائدة امتناع البيع والرهن وغيرهما . انتهى .

لم يصحح شيئاً في «الشرح الصغير» ، وال الصحيح : سماع الدعوى في الكل كذا صححه في «الروضة» هنا وفي باب التدبير فقال في الموضعين : إنه المذهب ، لكنه هنا من «زوائده» ، وهناك من الأصل ، ومقتضى كلام الرافعي هناك ترجيحه أيضاً .

قوله : وهذا المذكور في التدبير هو إذا لم نجوز الرجوع فيه باللفظ ، فإن جوزناه فإنكار السيد رجوع يبطل مقصود الدعوى ، وقال الإمام : لا يبعد أن تسمع الدعوى وإن جعلنا إنكاره جمیعاً لأن المدعى عليه قد يقر وقد يسكت انتهى .

وقد اشتمل كلامه على مسألتين :

إحداهما : أنا إذا جوزنا الرجوع عن التدبير كان إنكاره رجوعاً ولم يحك فيه خلافاً .

والثانية : أنا إذا قلنا : يكون رجوعاً لا تسمع الدعوى على الصحيح . فاما الأول : فقد صلح خلافه في باب التدبير في أثناء الكلام على الرجوع فقال : أظهر الوجهين ، وهو المنصوص للشافعی : أنه لا يكون رجوعاً ، ووقع الموضعان كذلك في «الروضة» أيضاً .

واما الثاني : فقد نقله في التدبير عن الإمام كما نقله عنه هاهنا ولم ينقل خلافه ولم يضعفه فأشعر ذلك باختياره له .

(١) في أ : أولاً .

قال رحمة الله :

الركن الثاني : جواب المدعى عليه

قوله : جواب الدعوى عليه إقرار وإنكار ... إلى آخره .

اعلم أن حاصل كلامه في هذا الموضوع وفي غيره أيضًا أن المدعى عليه يجوز له أن يحلف وأن يرد وكذلك المدعى بعد الرد عليه يسوغ له أن يحلف وأن لا يحلف ، وبه صرح الإمام [في « النهاية » فقال : لا يجب اليمين قط ، ونقله عنه الرافعي ^(١)] ، وقد استدرك عليه الشيخ عز الدين في « القواعد الكبرى » استدراكاً صحيحاً ، فقال : وهذا ليس على إطلاقه بل يتبع الحلف حيث يؤدي تركه إلى تعاطي ما لا يباح بالإباحة كالدماء والقروه والضرب في الحدود والتعازير ونحوها بخلاف الأموال والمنافع .

قوله : الثالثة : إذا ادعى عليه عيناً فقال : ليس هو لي ، أو أضافه إلى مجهول ، فلا ينزع المال من يده ولا تصرف الخصومة عنه على الأصح ، فعلى هذا إن أقر به لمعين ، قيل : وهل يمكن من أن يعود فيدعى لنفسه ؟ فيه وجهان . انتهى .

لم يصحح شيئاً في « الروضة » أيضًا ، وصحح الشيخ أبو إسحاق في « التنبيه » : أنه لا تقبل دعواه لنفسه ، وأقره النووي فلم يستدركه في التصحح .

قوله : ولو قال المدعى عليه : هو وقف على الفقراء أو على مسجد كذا أو على أبني الطفل أو هو ملك له ، فالجواب في « الكتاب » : أن الخصومة تصرف عنه ، وكذلك ذكره الشيخ أبو الفرج ، وقال في « التهذيب » :

(١) سقط من أ.

لا تسقط الدعوى بهذا . انتهى ملخصاً .

لم يصحح شيئاً في « الشرح » أيضاً ، والراجح : هو قول البغوي كذا أجاب به الرافعي في « المحرر » فاعلمه فإن كلامه هنا ربما يؤخذ منه رجحان مقابله وذكر في « المنهاج » كما في « المحرر » .

قوله : الرابعة : اشتري ثوباً أو عبداً من رجل فادعاه آخر ، نظر : إن سعاده المشتري وأقر له بما ادعاه لم يكن له أن يرجع بالثمن على تابعه ، فإن استحلف فنكل فحلف المدعى وأخذ المال ، قال الشيخ أبو علي : ليس له الرجوع بالثمن أيضاً بلا خلاف لتقديره بالنكول وحلف المدعى بعد نكوله إقراره ، ويجوز أن يفرض في هذا خلاف بناء على أنه كالبينة . انتهى كلامه .

اعتراض عليه في « الروضة » فقال : هذا ضعيف أو باطل ، لأن المذهب : أنه إنما يكون كالبينة في حق المتنازعين دون غيرهما ، والله أعلم .

وهذا الاعتراض الذي ذكره النووي - رحمه الله - عجيب فإن مراد الرافعي إثبات خلاف في المسألة ، فإن لنا خلافاً في التعديل إلى ثالث بناء على أنها كالبينة قد صرخ به النووي في أثناء اعتراضه حيث عبر بالذهب فلزم من ذلك أن ذكره لهذه الزيادة مصححة لكلام الرافعي لا مضعفة ولا مبطلة على خلاف ما شرع فيه .

قوله : فرع من كلام القاضي أبي سعد الهرمي : أقر المشتري للمدعى بالملك ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي ليرجع بالثمن على البائع لم يكن لأنه يثبت المال لغيره بلا وكالة ولا نيابة . انتهى .

وما قاله القاضي أبي سعد قد جزم به أيضاً العبادي في « زادات الزيادات » .

نعم ذكر البغوي في « فتاویه » عكس ذلك ، فقال : يجوز له إقامة البينة عليه .

قال رحمة الله : الركن الثالث : في اليمين

قوله : والتغليظ بالمكان مستحب وفي قول واجب ، ثم قال : وفي التغليظ بالزمان طريقان ، منهم من جعله على القولين ، ومنهم من قطع فيه بالاستحباب . انتهى كلامه .

لم يصح شيئاً من الطريقين في « الشرح الصغير » أيضاً ، وصحح النووي في « الروضة » طريقة القطع بالاستحباب ولم ينبه على أن ذلك من « زوائد » بل أدخله في كلام الرافعي ففطن له .

قوله : ثم التغليظ يكون بطلب الخصم أو يغلظ القاضي وإن لم يطلب الخصم .

حکى ابن حجر فيه وجهين ، وذكر أن الأصح منهما: الثاني . انتهى كلامه .
ذكر مثله في « الروضة » أيضاً ، وال الصحيح : ما صححه ابن حجر كذا
صححه الرافعي في « الشرح الصغير » .

قوله : وروي أن عبد الرحمن بن عوف قال في الحالفين بين المقام والبيت:
لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا البيت [ويروى] ^(١) : « أن يهأ الناس
بهذا البيت » .

يقال : بهأت بالشيء ، إذا آنست به حتى سقطت هيبيته من قلبك . انتهى
كلامه .

اعلم أن بها : بفتح الباء الموحدة وبالهمزة في آخره تقول : بهأت
وبهئت ، كضررت وعلمت ، بها وبهؤا أي بفتح الهاء وضمها ، وأما
الباء بمعنى الحسن فهو من بهي الرجل بالكسر بغيرهم . قاله الجوهري .

(١) سقط من أ .

قوله : الرابعة : من به مرض أو زمانة لا يغلوظ عليه في المكان لعذرها ، وكذا الحائض إذ لا يمكنها اللبس في المسجد . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي قد ذكر في كتاب اللعان أن الحائض لا يسقط عنها التغليظ بالمكان بل تلاعن على باب المسجد ، فقياسه أن يأتي هنا أيضاً مثله ، وإن لم حنا فرقاً بين البابين .

وصاحب « التبيه » ذكر هذا الحكم وهو اللعان على باب المسجد في الجنب ، ويؤخذ منه ذلك في الحائض بطريق الأولى وكلام الرافعي يتضمن أنه لا يتعدى إلى الجنب ، والفرق : إمكان الاغتسال .

الأمر الثاني : أنه يجوز لنا تمكين الكافر الجنب من اللبس في المسجد على الصحيح ، وقياس هذا أن التغليظ بالمكان لا يسقط عن الحائض ، وإليه يرشد تعليل الرافعي إلا أن يقال : لا يلزم من تمكينها من ذلك أن يأمرها به لأجل حصول أمر أصله مستحب ، إذ التغليظ بالمكان وغيره لا يجب .

قوله : والمرأة المخدرة إذا قلنا : لا تحضر ، هل يغلوظ عليها بالمكان ؟ فيه وجهان : المذكور في « الكتاب » وبه أجاب الشيخ أبو حامد ومن تابعه : أنها تخرج ، ولكن قيل : يبني هذا الخلاف على الخلاف في أن التغليظ مستحق أو مستحب ؟ ، وقضية هذا البناء ترجح المنع : انتهى ملخصاً .

لم يصحح شيئاً في « الشرح الصغير » أيضاً ، وصحح النووي في « أصل الروضة » : الإخراج .

قوله : ولو غلوظ القاضي عليه باللفظ فامتنع واقتصر على لفظ « الله » ففي نكوله وجهان ، ثم قال : وقد حكى الخلاف في التغليظ اللفظي القاضي الروياني عن القفال ، وذكر أن الأصح : أنه يكون ناكلاً ، لأنه ليس له رد اجتهاد القاضي . انتهى كلامه بحروفه .

وهو ظاهر في نسبة التصحيح إلى الروياني لا إلى القفال ، واختصره في «الروضة» على العكس وهو الصواب فقد نقل الروياني في «البحر» عن القفال : أنه صحيح ذلك فاستقام ما في «الروضة» وإن كان خلاف المفهوم من لفظ الرافعي .

قوله : ولو نصب البائع وكيلًا ليقبض الثمن ويسلم المبيع ، فقال له المشتري : إن موكلك أذن في تسليم المبيع وترك حق الحبس وأنت تعلم فهل يحلف على البitt أم على نفي العلم ؟ اختيار أبي زيد : البitt ؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليدي على المبيع . انتهى .

قال في «الروضة» من «زواجه» : نفي العلم أقوى .

قوله : بل يجوز البitt بناء على ظن مؤكد ينشأ من خطه أو خط أخيه أو نكول خصميه . انتهى .

وما ذكره من جواز البitt على خط نفسه قد نقل ما يخالفه في كتاب القضاء في الطرف الثاني منه ، وقد سبق إيضاحه هناك فراجعه ، وسبق أيضًا هناك : أنه لا بد أن يكون الأب المحلوف على خطه ثقة ، وعبارة الإمام : أن يكون عدلاً .

قوله : الثانية : النظر في اليمين إلى نية القاضي المستخلف وعقد بينة ، أما النية فاللتورية على خلاف قصد القاضي لا تغنى ولا تدفع إثم اليمين الفاجرة ، ولو استثنى أو وصل باللفظ شرطًا بقلبه وبنيته أو فعل ذلك بلسانه ولكن لم يسمعه الحاكم فكذلك ، وإن سمعه الحاكم عَزَّره وأعاد اليمين عليه . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من كون التورية على خلاف قصد القاضي لا ينفع ، محله إذا كان التحليف بالله تعالى ، فإن كان القاضي يرى التحليف بالطلاق كالحنفي فحلف به نفعت التورية والحالة هذه ، كذا ذكره النوري

في كتاب «الأذكار» في باب التورية .

الأمر الثاني : أن الحكم ببطلان اليمين عند اتصال الاستثناء دليل على أن الاستثناء ينفع في الماضي حتى لو قال والله ما قمت إن شاء الله وكان قد قام ، فإنه لا يحث ، والأمر كذلك .

وقد صرخ به هكذا المتولى في كتاب الأيمان فتفطن له فإنها مسألة نفيسة مهمة ، ومعناها ، صحيح فإنه لم يفعل شيئاً قد شاء الله أن لا يفعله ؛ إذ لا يقع شيء إلا بمشيئة الله تعالى .

قوله : الحال كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة ، وقيل : كل من توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به ، فإذا أنكر حلف عليه وقبل منه ، ويستثنى من هذا الضبط صور فنذكرها مع ما يدخل فيه ويخرج منه : إحداها : يجري التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والفيئة والإيلاء وفي العتق والاستيلاد . انتهى .

ذكر مثله في «الروضة» وفيه أمران :

أحدهما : أن هذين الوجهين حكاهما الإمام عن حكاية القاضي الحسين فقال :

أحدهما : أن يدعى حقاً .

والثاني : أن يدعى ما لو أقر به لنفع ، فهو معنى قول الرافعي في موضع آخر : ما ليس بحق ولكن ينفع في الحق هل تشرع [فيه] ^(١) الدعوى والتحليف ؟ فيه وجهان .

إذا تقرر هذا فقد جزم الرافعي في «الشرح الصغير» و «المحرر» بالوجه الثاني المرجوح هاهنا ، وتبعه عليه النووي في «المنهاج» وإن كان

(١) في أ : في .

في تعبيره مناقشة من وجه آخر .

الأمر الثاني : إذا كان للأمة ولد فادعت على السيد أنه وطئها وأنها أم ولد ، فإن اعترف السيد بالوطء حلف ، وإن أنكر أصل الوطء فالمشهور : أنه لا يحلف وإنما حلف في الصورة السابقة ، لأنه سبق منه الاعتراف بما يقتضي ثبوت النسب ، [وقيل : يحلف لأنه لو اعترف به لثبت النسب]^(١) ، وإذا لم يكن ولد لم يحلف بلا خلاف ، هكذا ذكره الرافعى في أواخر باب الاستبراء ، وهي واردة على المذكور هنا فتفطن لذلك ، فإنه لم يستثنها بل تعبيره بقوله : الاستيلاد يقتضي التحليف ، وهو الصواب إذا كانت الدعوى لأجل الاستيلاد .

وقد جزم الرافعى وغيره بتحليف السيد إذا أنكر الكتابة أو أنكر التدبير ، وقلنا : إنكاره ليس رجوعاً عنه .

قوله : ولو ادعى عليه سرقة مال فأنكر ونكل حلف المدعى واستحق المال ولم يقطع المدعى عليه ، لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة . انتهى كلامه .

وما جزم به هاهنا من عدم ثبوت القطع باليمين المردودة قد اختلف فيه كلامه ، وكذلك كلام النووي أيضاً ، قد سبق إيضاح ذلك في باب حد السرقة فراجعه .

قوله في « الروضة » : الثانية : ادعى على القاضي أنه ظلمه في الحكم أو على الشاهد أنه تعمد الكذب أو الغلط لم يحلفا لارتفاع منصبهما عن التحليف وقد سبق هذا في الباب الأول وفي أول أدب القضاء . انتهى كلامه .

أما قوله : في الباب الأول ؟ فصحيح ومراده به من كتاب الدعاوى .

(١) سقط من أ .

وأما قوله : وفي أول أدب القضاء . فسهو بل في آخر الباب الذي قبله بأسطر فتفطن له ، وعبارة الرافعي هنا صحيحة فاعلمه .

قوله فيها أيضًا : ولو ادعى على المعزول أنه حكم عليه أيام قضائه ظلماً ، وأنكر فقد سبق وجهان : في أنه يحلف، أم يصدق بلا يمين ؟ وهو الأصح . انتهى كلامه .

وما صححه هنا من تصديق بلا يمين قد خالفه في « المنهاج » ، وقد تقدم إيضاح ذلك في آخر الباب الأول من أبواب القضاء .

قوله : ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم استغنى عن حجة يقيمه إن كان الخصم حاضراً ، وإن لم يكن فيبني على أن القاضي هل يقضي بعلمه ؟ انتهى كلامه .

وتخريرجه ما يقع في المجلس على الخلاف في القضاء بالعلم ، قد تناقض فيه كلامه وكلام « الروضة » أيضًا ، وقد تقدم إيضاح ذلك في الباب الثاني من أبواب القضاء بالعلم فراجعه .

قوله في الفروع المنقولة عن « فتاوى القفال » وغيره : ولو أقام المدعي شاهدين بأن هذه الدار ملكه فأقام المشهود عليه شاهدين بأن شاهدي المدعي قالا : لا شهادة لنا في ذلك ، سألهما الحاكم : متى قال ذلك الشاهدان اللذان للمدعي ؟ فإن قالا : ذكراه من أمس أو من شهر ، لم تنفع شهادتهما بذلك لأنهما قد لا يكونان شاهدين ثم يصيران ، وإن قالا : ذكراه حين قصدنا لإقامة الشهادة . اندفعت شهادتهما . انتهى .

وما ذكره من التفصيل وتابعه عليه في « الروضة » قد ذكر القاضي الحسين في « فتاويه » خلافه ، فجزم بأنها : لا تسمع ولم يفصل ، فقال : رجل قال في ما بين جماعة : لست بشاهد في أمر كذا ، ولا أشهدني أحد عليه .

ثم جاء ليشهد في تلك الخصومة ليس له ذلك ولا تقبل شهادته . هذا كلامه .

قوله : ولو أقام المدعى بينة ثم قال للقاضي : لا تحكم بشيء حتى تخلفه ، كانت بيته باطلة وذلك لأنه كالمعترض بأن بيته مما لا يجوز الحكم بها . انتهى كلامه .

وهذا الحكم مشكل فقد يقصد بتحليفه لتقم بعده البينة ، ويظهر إقدامه على ميّن فاجرة أو غير ذلك من المقاصد التي لا تقتضي قدحًا في البينة فيبني أن لا تبطل البينة ، كذا ذكره في « الروضة » ، والأمر كما ذكره من الإشكال .

قوله : إذا طلب المدعى ميّن المدعى عليه بين يدي الحاكم ، فقال المدعى عليه : قد حلفني على هذا مرة بالتماسه وليس له تحليفي ، فإن كان القاضي يحفظ ما يقوله لم يحلفه ، وينزع المدعى مما يطلبه وإن لم يحفظه حلف ، ولا تنفع إقامة البينة فيه لما مر أن القاضي متى تذكر حكمه أمضاه ، وإلا فلا يعتمد على البينة ، وعن ابن القاص : أنه يجوز سماع البينة وحكم القاضي أبو سعد الهرمي وحقق الطرد في كل باب . انتهى كلامه .

واقتصره في نقل السمع على ابن القاص غريب ، فإن ابن القاص قد حکاه عن الشافعي فاعلمه . ويفيد النص المذكور أن القاضي إذا نسي نكول خصمته المدعى بالبينة ، كذا ذكره الرافعی ، بعد هذا بنحو ورقتين .

قوله : وإن قال : حلفني عند قاض آخر ، وأطلق وأراد تحليفه على ذلك فوجهان ، قال ابن القاص : بالمنع إذ لا يؤمن أن يدعى أنه حلفه على أنه ما حلفه .

وأصحهما : يمكن ... إلى آخره .

وما نقله عن ابن القاسم من عدم التحريف تابعه على نقله عنه في «الروضة» أيضاً وليس كذلك ، فقد صرخ ابن القاسم في كتاب «أدب القضاء» له بأنه يحلفه ، ولم يذكرها في «التلخيص» ولا في «المفتاح» . والسبب في وقوع هذا للرافعي أن الهروي في «الإشراف» قد سها فنسبة إليه ، والرافعي كثير النقل عنه فَقَدَّله فيه .

قوله : وإن استمهل ليقيِّمُ البَيْنَةَ عَلَى أَنَّهُ حَلْفَهُ ، فَقِيَاسُ الْبَيْنَاتِ الدَّوافِعُ أَنْ يَمْهُلَ ثَلَاثَةً ، وَعَنْ الْقَاضِيِّ الْحَسِينِ أَنَّهُ قَالَ : أَرَى أَنْ لَا يَمْهُلَ أَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ ، لِأَنَّهُ كَالْمَرْأَوْغَ الْمُتَعَنِّتُ . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكر الرافعي أنه القياس ولم يصرح بنقله عن أحد ، وتابعه عليه في «الروضة» قد صرخ به الروياني في «البحر» .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد ذكر قبل هذا الموضع بكراس وأوراق في المسألة الرابعة وجهاً عن القاضي الحسين : أن دعوى الإبراء وغيره من الدوافع لا يمهد في إقامة البينة عليها أكثر من يوم واحد، وعبر [هناك]^(١) نحو ما عبر به هاهنا فقال : وعن القاضي الحسين وجه أنه لا يمهد أكثر من يوم . هذه عبارته .

فلم يصر الخلاف خاصاً بهذه الصورة وهي دعوى التحريف ، كما يوهمه كلامه هاهنا .

الأمر الثالث : أن هذا النقل عن القاضي الحسين ليس محرراً ، وتحريمه ما ذكره في «تعليقته» ، ونقله عنه ابن الرفعة في «المطلب» فإنه قال : ولو قال : أمهلوني حتى أقيم البينة ، قيل له : على منْ تقييمها ؟ فإن قال :

(١) سقط من أ .

على الأداء أو الإبراء ، قيل له : قد أقررت فاخرج عن حقه ثم ادع ما ذكرت ، وإن قال : حلفني مرة في هذه الخصومة .

وقلنا : تسمع هذه الدعوى ، فالقياس أن يمهد ثلاثة أيام ، قال : وعندى لا يمهد أكثر من يوم واحد لأنه يشبه المتعنت . انتهى ملخصاً .

الأمر الرابع : أن هذا الإنظار على الخلاف في قدره هل هو واجب أو مستحب ؟ سكت عنه الرافعى هنا وذكره في الباب الثاني من كتاب الكتابة قبل الحكم الثالث ، فقال : لو ادعى العبد الأداء ، وأنكر السيد وأراد العبد إقامة البينة أمهل ثلاثة ، قال : وهل هو واجب أو مستحب ؟ فيه وجهان ، ثم حكى عن الروياني أنا إذا أمهلناه ثلاثة ، فأحضر شاهداً بعدها وطالب الإنظار ليأتي بالشاهد الثاني أنظرناه ثلاثة أخرى .

قوله : ولو ادعى مالاً على رجل فأنكر وحلف ، ثم قال المدعي بعد أيام : حلفت يومئذ لأنك كنت معسراً ، لا يلزمك تسليم شيء إلي وقد أيسرت اليوم فهل تسمع لإمكانه أم لا ثلا يتسلسل ؟ وجهان . انتهى .

قال في « الروضة » : الأصح سماعها إلا إذا تكررت .

قوله : فرع : إنما يحلف المدعي عليه إذا طلب المدعي يمينه ، وقيل : لا يتوقف عليه ، لأن للمدعي غرضاً في سقوط المطالبة عنه ، قاله القفال الشاشي وصححه السرخسي ، ثم قال ما نصه : وإن امتنع عن تحليفه بالدعوى السابقة جاز لأنه لم يسقط حقه عن اليمين . انتهى كلامه بحروفه .

ذكر مثله في « الروضة » وكأنه سقط منه شيء وهو : « ثم أراد تحليفه » وحينئذ فيكون أصله هكذا ، وإن امتنع عن تحليفه ثم أراد تحليفه بالدعوى السابقة جاز .

قال رحمه الله : الركن الرابع : النكول

قوله في « الروضة » : وإذا أنكر المدعى عليه واستحلف فنكل عن اليمين لم يقض بالنكول عندنا، بل يرد اليمين على المدعى ، فإن حلف قضي له ، فإن لم يعرف المدعى تحول اليمين إليه بنكول المدعى عرفه القاضي . انتهى .

وتعبيره في آخر كلامه بقوله : بنكول المدعى . وقع هكذا في النسخة التي هي بخط المصنف وفي غيرها وصوابه : المدعى عليه ، أي بزيادة لفظة « عليه » .

قوله : وإذا تَفَرَّسَ الحاكم سلامـة جانب شرح له حـكم النـكـول ، فإن لم يـشـرـحـهـ لـهـ وـحـكـمـ بـأـنـهـ نـاكـلـ ،ـ فـقـالـ المـدـعـىـ عـلـيـهـ :ـ لـمـ أـعـرـفـ حـكـمـ النـكـولـ ،ـ فـفـيـ نـفـوذـ الـحـكـمـ اـحـتـمـالـاـنـ لـإـلـامـ :ـ أـصـحـهـمـاـ :ـ النـفـوذـ .ـ اـنـتـهـىـ .ـ

ذكر نحوه في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أنه ليس في كلامه ما يدل على أن شرح النكول هو واجب على القاضي أو مستحب ، وأنه لم يقف فيه إلا على هذين الاحتمالين اللذين حكاهما الإمام في نفوذ الحكم ورجح منهما النفوذ .

وقد صرـحـ المـاـورـدـيـ بـالـمـسـأـلـةـ وـجـزـمـ بـوـجـوبـ الـبـيـانـ ،ـ وـجـزـمـ الـرـوـيـانـيـ فـيـ «ـ الـبـحـرـ »ـ بـالـاسـتـحـبـابـ وـتـبـعـهـ اـبـنـ الرـفـعـةـ فـيـ «ـ الـكـفـاـيـةـ »ـ .ـ

الأمر الثاني : أن كلام الإمام يقتضي أن هذين الاحتمالين محلهما إذا علم القاضي أنه لا يدرى حـكمـ النـكـولـ ،ـ وـكـلـامـ الغـزالـيـ يـقـتـضـيـ أـنـ مـحـلـهـمـاـ عـنـ جـهـلـ القـاضـيـ بـحـالـهـ .ـ

قوله : فرع : نقل الروياني في « جمع الجوا مع » : أن قول القاضي

للمدعى أتحلف أنت ؟ كقوله إحلف ، حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك ، قال : وعندى فيه نظر . انتهى .

واعلم أن ما نقله الروياني من جعل الفعل المضارع كالإقرار وأقره الرافعي ، قد سبق من كلام الرافعي في جانب المدعى عليه ما يخالفه ، فقال قبل هذا الموضع بنحو ورقة : ولو قال - أي : المدعى عليه - أتحلف بالله ؟ فقال : لا . فليس بنكول . هذا لفظه .

واعلم أن المذكور في « البحر » للروياني إلحاد المضارع بالأمر إذا قاله القاضي للمدعى عليه أيضاً فالروياني ماش على قاعدة واحدة ، وأما كلام الرافعي أولاً مع كلامه ثانياً فلا يستقيم الجمع بينهما ، وحاصله أنه وقف أولاً على طريقة ، ووقف ثانياً على أخرى مخالفة لها فأثبتهما ذاهلاً عما سبق ، وتابعه النووي في « الروضة » عليه .

قوله : ويئنه بعد نكول المدعى عليه بمنزلة بينة يقييمها ، أو بمنزلة إقرار المدعى عليه ؟ فيه قولان : أصحهما : الثاني ، وللقولين فروع كثيرة منها : أن المدعى عليه لو أقام بينة بالأداء أو الإبراء بعد ذلك ، فإن قلنا : إنها كالبينة ، سمعت ، وإن قلنا : كالإقرار ، فلا لكونه مكذباً للبينة بإقراره . انتهى ملخصاً .

وهذا الذي رجحه هنا من عدم سماع البينة قد خالفه بعد ذلك في أثناء الركن الخامس قبل المدرك الثالث من مدارك ترجيح البينة وبينه وبينه وبينه وهذا نحو كراس وستعرف لفظه في موضعه .

قوله : وحكى القاضي أبو سعد الهرمي اختلافاً للأصحاب في أنه يجب الحق بفراغ المدعى من اليمين المردودة أم لابد من حكم الحكم به ؟ انتهى .

قال النووي : الأرجح : الأول ، ولم يذكره من « زوائد » بل أدخله في كلام الرافعي ففهمه ، غير أن الرافعي لما ذكر الوجهين قال : ويمكن

بناؤهما على أنهما كالإقرار أو كالبينة ؟ فإن جعلناهما كالإقرار : فلا حاجة إلى الحكم .

قوله : ولو أقام المدعى شاهداً ليحلف معه فلم يحلف فهو كما لو ارتدت اليمين إليه فلم يحلف ، فإن علل امتناعه بعذر أمهل ثلاثة ، وقيل : دائماً ، وإن لم يعلل بشيء أو صرخ بالنكول فقد ذكر الغزالي والبغوي : أنه يبطل حقه من الحلف وليس له العود إليه ، واستمر العراقيون على ما ذكروه قبل ذلك من جواز الدعوى في مجلس آخر والخلف حتى قال المحاملي : لو امتنع من الحلف مع شاهده واستحلف الخصم انتقلت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه فليس له العود والخلف إلا إذا استأنف الدعوى في مجلس آخر وأقام الشاهد فله أن يحلف معه ، وعلى الأول : لا ينفعه إلا بينة كاملة . انتهى كلامه .

وحاصله : أن الراجح في ما إذا امتنع من الحلف مع شاهده خلاف ما يقوله المحاملي ، لأن الراجح خلاف ما ذهب إليه العراقيون ، فقد قال الرافعي قبل هذا : إنه أحسن وأقوى ، وقال في « الروضة » : إذا علمت هذا فاعلم أن محل ذلك فيما إذا لم يحلف المدعى عليه اليمين المردودة ، فإن حلف انقطعت الخصومة ولا كلام .

ومحله أيضاً إذا لم ينكل عنها ، فإن نكل حلف على أصح القولين ، هذا هو مقتضى كلام الرافعي في آخر باب القسامية ، قُبيل الركن الرابع فاعلمه .

قوله : ولو ادعى ولد الصبي أو المجنون ديناً له على إنسان فأنكر ونكل ، ففي رد على الولي وجوه :

أحدها : أن اليمين ترد عليه لأنه المستوفى ، والصبي والمجنون ليس لهما أهلية اليمين .

والثاني : المنع لأن إثبات الحق للإنسان بيمين غيره مستبعد .

والثالث : أنه إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه رد عليه ، وإلا فلا .

ويجري هذا الخلاف فيما إذا أقام شاهداً واحداً، هل يحلف معه، ثم قال : ومال المذهبيون إلى ترجيح المنع من الوجوه الثلاثة ، ولا بأس بوجه التفصيل ، ولقد رجحه العبادي . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره هنا من كون المشهور في ما إذا باشره الولي هو المنع ، قد خالفه في الباب الخامس من أبواب الصداق مخالفة عجيبة فإنه رجح الحلف ، ونقله عن أهل المذهب كما نقل عنهم هنا المنع ، وعبر بقوله : أظهرهما في المذهب ، وعبر في « الروضة » بقوله : أصحهما عند الأصحاب .

ووقع الاختلاف المذكور في « المحرر » وكذلك في « الروضة » و«المنهاج » ، والفتوى على ما وقع فيه هذا الاختلاف ، وهو الذي باشره الولي ، إنما هو الحلف على وفق ما بحثه الرافعي ، فقد نص عليه الشافعى - رحمه الله - في « الأم » .

فقال في كتاب الصداق المذكور عقب المسابقة في أول باب الاختلاف في المهر : إن الزوجين إذا اختلفا تحالفا ، ثم قال ما نصه : وهكذا إذا اختلف الزوج وأبو الصبية البكر . هذا لفظه .

وهذا الخلاف كما قاله الرافعى في الصداق يجري في وكيل النكاح ، وفي وكيل المشتري مع البائع ، وفي وكيل البائع مع المشتري ، وفي وكيلهما ، قال : ومنهم من رتب فقال : وإن لم يحلف الولي فالوكيل أولى ، وإلا فوجهان لقوة الولاية .

قال رحمة الله : الركن الخامس : البينة

قوله : فإذا تعارضت البيتان فقدت أسباب الترجيح ، فإما أن يكون المدعى به في يد ثالث أو في أيديهما ... إلى آخره .

أهمل قسماً آخر وهو : ما إذا لم يكن في يد أحد ، وقد ذكره في «التبني» وألحقه بهذين القسمين ، وكأن صورته فيما إذا كان عقاراً أو متابعاً ملقى في الطريق وليس عنده .

قوله : فإذا أقام كل واحد بينة تعارضتا وفيهما قولان ، أظهرهما : يسقطان فكأنه لا بينة فيصار إلى التحليف .

والثاني : يستعملان فتنزع العين من هي في يده .

ثم في كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال :
أحدها : تقسم العين المدعاة بينهما .

والثاني : توقف إلى أن يتبين الأمر أو يصطدحا .

والثالث : يقرع فيأخذها من خرجت قرعته . انتهى .

ذكر مثله في «الروضة» وفيه أمران :

أحدهما : أن الصحيح من أقوال الاستعمال هو الوقف كذا جزم به الرافعي في أوائل باب التحالف وتبعه عليه في «الروضة» .

الثاني : أن هذه الأقوال التي في كيفية الاستعمال هل هي في الأولوية أو التعين ؟ لم يتعرض له المصنف ، وقد حکى فيه الإمام وجهين من غير ترجيح ، فإذا تذرع أحدهما فلا يحمل عند القائل به على الباقي إن جعلناها في الوجوب بل يسقط البيتان ، وإن جعلناها في الأولوية حُمِلَ عليه .

قوله : وفي محل الأقوال طُرُق :

إحداها : القطع بالتساقط إذا لم يكن الجمع .

الثانية : القطع بالاستعمال إذا أمكن .

الثالثة : طرد القولين في الحالتين . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وتعبيره في حكاية الطريقة الثانية يوهم أنه على هذه الطريقة يجيء ثلاثة أقوال ، فإنه قد تقدم أن الثلاثة تأتي إذا قلنا بقول الاستعمال ، والقطع إنما أفاد نفي غيرها ومراده هنا بالاستعمال هو القسمة خاصة .

وكلام الرافعي قبل هذا وبعده ، يوضح ما ذكرناه ، فكأنه أراد التعبير به سبق قلمه إلى الاستعمال :

قوله في « الروضة » : ولو كانت العين في يدهما ولم يكن لواحد منهمما بينة ، فكل واحد مدع في نصف ومدعى عليه في نصف ، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر ، ولا يتعرض واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في يده ، نص عليه وهو المذهب ، وفيه خلاف سبق في باب التحالف في البيع . انتهى .

وما ذكره - رحمه الله - من أن الخلاف قد سبق هناك غلط فإنه لم يتقدم له ذكر في « الروضة » هناك .

نعم ذكره الرافعي في ذلك الموضع ، ثم إنه هنا أحال عليه ، فلما اختصره النووي لم يذكره في التحالف بناء على أنه يذكره هنا ، ثم إنه تابع الرافعي على إحالته على ذلك الموضع ظنًا منه أنه سبق فوهم فيه .

قوله الثاني : دار في يد إنسان وادعى زيد نصفها فصدقه ، وادعى عمرو

نصفها فكذبه صاحب اليد وزيد معاً ، ولم يدعه [واحد منهما]^(١) لنفسه . فالنصف الذي يدعه المكذب هل يسلم إليه أم يبقى في يد صاحب اليد ، أم ينزعه الحاكم ويحفظه إلى ظهور مالكه ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الفوراني . انتهى .

والصحيح من هذه الأوجه أنه يبقى في يده كما كان ولكن لا تصرف المخصومة عنه .

كذا ذكره قبل ذلك في أوائل الركن الثاني المعقود لجواب المدعى عليه ، وعلله بأن الظاهر أن ما في يده ملكه ، وما صدر منه ليس بمزيل ولا يظهر لغيره استحقاق ، وتابعه على ذلك في « الروضة » ، ثم رجح هنا من « زوائده » : أن الحاكم ينتزعه ذهولاً عما صححه هو والرافعي هناك فقال : قلت : أقواهمما الثالث . والله أعلم .

قوله : ولو لم تكن بينة ونكل الداخل عن اليمين فردت على الخارج ، وحكم له ثم جاء المدعى عليه ببينة تسمع ، كما لو أتى بها بعد بينة المدعى ، وفيه وجه : أنها لا تسمع بناء على أن النكول ورد اليمين كالإقرار . انتهى كلامه .

وما صححه من سماعه البينة بعد الحكم بالنكول قد تابعه عليه في « الروضة » ، والصحيح المذكور في الركن الرابع : عدم سماعها ، لأن الصحيح أن اليمين المردودة كالإقرار لا كالبينة فاعلمه وقد تقدم هناك الوعد بذكر هذا الموضع .

قوله : وفي الترجيح بسبق التاريخ طريقان : المشهور منهما : أنه على قولين :

(١) في أ : عمر ونصفها .

أصحهما عند الأكثرين : نعم ، وأصحهما عند ابن كج وشرذمة : أنه لا ترجح . انتهى ملخصاً .

ما ذكره هنا من الترجيح بسبق التاريخ قد صحق عكسه في الباب الثاني من كتاب اللقيط في الحكم الثالث المعقود لنسبه وعبر بالأصل ، وسبق ذكر لفظه هناك ، ووقع هذا التناقض في « الروضة » أيضاً .

قوله : ويجوز أن يشهد بالملك في الحال استصحاباً لحكم ما عرفه ، من قبل كشراء أو إرث وغيرهما ، وإن احتمل زواله ، فلو صرح في شهادته بأنه تعمد الاستصحاب ، فقال في « الوسيط » : فيه وجهان :

قال الأصحاب : لا تقبل كما لا تقبل شهادة الرضاع على الشدي ، وحركة الحلقوم .

وقال القاضي الحسين : تقبل لأنّا نعلم أنه لا مستند له سواه . انتهى .

وما وقع في « الوسيط » في تصوير المسألة ، وتبعه عليه في الرافي و« الروضة » تحريف ، فإن صورة الخلاف بين القاضي والأصحاب كما قاله في « النهاية » : أن لا يكون الشاهد قد شهد بالملك في الحال بل شهد بذلك سابق ، وذكر مع ذلك من استمرار الأحوال ما يسوغ له الشهادة به في الحال ، والغزالى صوره بما إذا شهدت بالملك في الحال ، ولكن صرحت بأنها تعتمد فيه الاستصحاب ، والذي يدل على بطلان التصوير بما ذكره الغزالى ومن تبعه : أن الغزالى قد استدل عليه بقوله كما لا تقبل شهادة الرضاع على صورة الامتصاص وحركة الحلقوم .

ونظير هذا من مسألتنا إنما هو الشهادة على استمرار الأحوال التي توسع الشهادة بالملك في الحال ، وأما إذا شهد بالملك في الحال ، وذكر أن معتمده الاستصحاب فنظيره أن يشهد على الرضاع ويدرك أن معتمده امتصاص الشدي وحركة الحلقوم .

قوله : ولو قال المدعى عليه : كان ملكك أمس فوجهاه :
أظهرهما : الانتزاع .

وقطع ابن الصباغ بأنه يؤخذ بإقراره ، وحکى الوجهين في ما إذا قال :
كان في يدك أمس ، وفرق بين اليد والملك بأن اليد قد تكون مستحقة ، وقد
لا تكون . انتهى كلامه .

واعلم أن هذه المسألة قد اختلف فيها كلام « الروضة » [اختلافاً عجياً
سبق إيضاحه في كتاب الإقرار في الركن الرابع منه] ^(١) فراجعه .

قوله : إذا قال المكري : أكريتك هذا البيت من الدار شهراً عشرة ، وقال
المكري : بل اكتريت جميع الدار بالعشرة ، فهذا اختلاف في قدر المكري ،
فإذا أقاما بيتين وقلنا بالاستعمال فيجيء قول القرعة خلافاً لابن سلامة .
وأما قوله لا القسمة والوقف فالمشهور أنهما لا يجبان .

أما الوقف فلوجهين :

أحدهما : وهو الذي أورده أكثرهم أن العقود لا توقف على أصلنا
فالنزاع هاهنا في العقد ، ثم رده بأن معنى الوقف هاهنا أننا نتوقف ولا نمضي
حكمًا إلى أن ينكشف الحال ، وهذا معهود في أصولنا .

والوقف الذي نقول بإبطاله هو ما يخالف فيه بعض الشروط كإذن الملك
في بيع الفضولي . انتهى ملخصاً .

وما ذكره هاهنا من مجيء قوله دون قول القرعة قد جزم بعكسه
في أول باب التحالف ، وقد ذكرت هناك لفظه فراجعه .

قوله : ولو وجدت الزيادة في كل واحد من الجانبين بأن قال المكري

أكريتك هذا البيت بعشرين وقال المكتري : بل جميع الدار بعشرة ، فلا بن سريح رأيان :

أحدهما : الرجوع إلى التعارض لتقابل الزيادتين .

وأضعفهما : أنه يؤخذ بالزيادة من الجانبين فتجعل جميع الدار تكرى بعشرين ، وهذا خلاف قول المنداعين والشهدود جيماً . انتهى كلامه .

وهذا الذي ضعفه الرافعي قد صرخ في « الروضة » أيضًا بأنه فاسد ، والظاهر أنه حصل في نقله عن ابن سريح غلط ، فإني رأيت للشيخ أبي محمد كما حكى الوجهين عنه في كتاب « السلسلة » لم ينقل الثاني المذكور هنا ، بل نقل عوضًا عنه الاستعمال بالقرعة فدل على ما قلناه .

قوله : قال الإمام : ولو شهد أنه باع فلاناً في ساعة كذا وشهد آخران أنه كان ساكنًا تلك الحالة .

أو شهد اثنان أنه قتل فلاناً ساعة كذا ، وشهد آخران أنه كان ساكنًا في تلك الحالة لا يتحرك ولا يعمل شيئاً .

ففي قبول الشهادة الثانية وجهاً ، لأنهما شهادة على النفي ، وإنما تقبل شهادة النفي في المضائق وأحوال الضرورات ، فإن قبلناها جاء التعارض . انتهى .

والأصح كما قاله في « الروضة » هو القبول ، قال : لأن النفي المحصر بالإثبات في إمكان الإحاطة .

قوله عن الشيخ أبي عاصم : إنه فسر كلمة التنصير بما إذا شهدت البيتان على آخر ما تكلم به بأن يقول لا إله إلا الله عيسى رسول الله .

قال القاضي أبو سعد : وفيه إشكال ظاهر فإن المسلمين يثبتون نبوة عيسى عليه الصلاة والسلام ، وإثبات نبوته ليس نفيًا لنبوة محمد ﷺ سيما عند منكري المفهوم ، فيجب أن تفسر كلمة التنصير بما يختص به النصارى

قولهم إن الله ثالث ثلاثة ، وهل تجرب في نيته للإسلام تفسير كلمته؟ وجهان، وجاه الوجوب : أنهم قد يعتقدون ما ليس بإسلام إسلاماً . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : أن المذكور في « الإشراف » للهروي عن العبادي في تصوير المسألة بأن يقول بعد إثباته نبوة عيسى : وأنه بريء من كل دين ، وحيثند لا يصح الاعتراض ، فإن الإسلام من جملة الأديان الداخلة في البراءة فيكون كفراً .

ولم يتعرض في « الروضة » لمقالة العبادي ولا لمقالة الهروي ، بل جعل الضابط ما يختص به النصارى ومثل بثالث ثلاثة .

الأمر الثاني : أن هذا الكلام مقتضاه أنه لابد في الشهادة على الردة من بيان السبب وقد سبق من كلامه في باب الردة ما يخالفه وتقدم إيضاحه هناك وإيضاح نظائره فراجعه .

قوله : فرع : مات رجل عن زوجة وأخ مسلمين وعن أولاد كفرة ، فقال المسلمان : مات مسلماً . وقال الأولاد : مات كافراً ، فإن كان أصل دينه الكفر . صدق الأولاد ، وإن أقاموا بيتين فإن أطلقنا : قدمت بينة المسلم ، وإن قيدنا : فعلى الخلاف في التعارض ، ويعود خلاف « أبي إسحاق » في جريان القسمة .

وإذا رجحنا طائفة قسم المال بينهم كما يقسم لو انفردوا .

وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفريعاً على القسمة ، فالنصف للزوجة والأخ ، والنصف للأولاد ، وفي ما تأخذ الزوجة من النصف وجهان : أحدهما : ربعه ، وكأنه جميع التركة ، هو الذي أورده السرخيسي .

والثاني : نصفه ، ليكمل لها ربع التركة ؛ لأن الأخ معترف به ، والأولاد

يحجبونها . باتفاقهما ، وهو الذي أورده الإمام . انتهى كلامه .

والأصح كما قاله في « الروضة » هو الأول ، قال : لأنها معترفة أيضاً باستحقاق الآخر ثلاثة أرباع التركة .

قوله : الثالثة : قال لعبدة : إن قتلت فأنت حر ، فأقام العبد بينة أنه قُتل وأقام الوارث بينة أنه مات حتف أنفه ، ففيه قولان :

الظاهر منهما على ما ذكره أبو الحسن العبادي : تقديم بينة العبد .

والثاني : يتعارضان . انتهى .

والصحيح : ما رجحه العبادي ، فقد قال الرافعى في « الشرح الصغير » : إنه أظهر القولين ، وكذلك النووي في أصل « الروضة » .

قوله : ولو قال لسالم : إن مت [ق : أ] [في رمضان فأنت حر ولغانم إن مت]^(١) في شوال فأنت حر ، فأقام كل واحد بينة تقتضي حريته فقولان : أحدهما : يتعارضان .

والثاني : تقدم بينة سالم ، فإن قلنا بالتعارض : رق العبدان على القول بالسقوط وعقد من كل واحد نصفه على القسمة ، ثم قال : وحكى « ابن حجر » عن بعض الأصحاب أنه إذا وجد التعارض في مثل هذا غلت الحرية . انتهى .

ومعنى تغلب الحرية كما قاله في « الروضة » من « زوائد » : أنه لا يحكم بسقوط البيتين .

(١) سقط من أ .

قال رحمة الله : ولنختم ما ذكرناه ببابين الأول : في مسائل منثورة

قوله : ادعى شريكان فصاعداً حقاً على إنسان وأنكره يحلف [كل واحد] ^(١) يميناً فإن رضي الكل بيمين واحدة فوجها : أحدهما : يجوز ، لأن الحق لهم .

والثاني : لا يجوز ، كما لا يجوز الحكم بشاهد واحد وإن رضي الخصم . انتهى .

والأصح المنع ، فقد صححه جماعات منهم الشيخ في « التنبيه » وجزم به الرافعي في كتاب اللعان ، وقاد عليه مسألة من مسائل اللعان ، وذكر الماوردي هناك أن الإصطخري قال : اتفق فقهاء زماننا على خطأ من جوزه وصححه في « الروضة » هنا من « زوائد » وحكى الماوردي عن أبي إسحاق وجهاً ثالثاً ، وصححه وهو أنهما إن كانا قد أدعيا ذلك الحق من جهة واحدة مثل إن تداعيا داراً ورثاها عن أبيهما أو قال : شركة بينهما ، حلف لهم يميناً واحدة .

وإن كان الحق من وجهين حلف لكل واحد على الانفراد وبهذا أجاب الغزالى في كتاب النكاح .

وقيل : يجوز أن يحلف يميناً واحدة ، وإن لم يرض الخصوم ، قاله الفوراني ونقله عنه في « البحر » وحکاه أيضاً في « الكفاية » .

وقد ذكره الرافعي في كتاب اللعان في عكس ما نحن فيه ، وهو ما إذا توجهت له اليمين على جماعة ما يؤيده ، فقال : لو شهد له شاهد بحق

(١) سقط من أ .

على رجل وعلى آخر بحق آخر جاز أن يحلف معه يميناً واحدة .
قوله : وعن نصه أن المسناة الحائلة بين نهر شخص وأرض آخر في
يدهما . انتهى .

المسناة : بعيم مضمومة وسين مهملة مفتوحة ونون مشددة بعدها ألف .
قوله في « الروضة » : ولو ادعى مائة درهم على إنسان ، فقال : قضيت
خمسين ، لم يكن مُقرأً بالمائة ، وكذا لو قال : قضيت منها خمسين . انتهى .

وهذا الكلام فيه نظر ، وعلل الرافعي المسألة الثانية بقوله لجواز أن يريد
من المائة التي يدعى بها ، وليس على غير الخمسين . هذا لفظه ، وجزم
الشيخ أبو إسحاق في « التنبيه » بأنه إذا قال : قضيته ، كان إقراراً بالحق ،
ولم يعارضه النووي في « التصحيح » .

قوله : ولو تنازعَا داراً ولاحدهما فيها متاع فهيا في يده ، فإن لم يكن
المتاع إلا في بيت لم يجعل في يده إلا ذلك ، هكذا ذكره . انتهى .

وما ذكروه هاهنا من الترجيح بوجود المتاع قد ذكر ما يخالفه في أواخر
الصلح ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه ، وتبعه عليه في « الروضة »
على الموضعين .

قوله في المسائل المنقولة عن « فتاوى القفال » وغيره : وإنه إذا غصب
المرهون من المرتهن كان لكل واحد من الراهن والمرتهن أن يدعه على
الغاصب ، والراهن يقول في دعواه : إن لي ثوبياً كنت رهنته من فلان وأنه
غصبه منه ويلزمه الرد إلىي . ولو اقتصر على قوله : إن لي عنده ثوبياً من
صفته كذا ، ويلزمه التسليم إلىي جاز ... إلى آخري .

واعلم أن هذه المسألة - أعني مخاصمة المرتهن - [قد ذكرها أيضاً في
الباب الثالث من أبواب الرهن ، والباب الثالث من أبواب الإجارة .

وقد اختلف فيها كلامه اختلافاً عجياً من ثلاثة أوجه سبق إيضاحه في الرهن ، ولم يتعرض في «الروضة» هنا لخاصية المرتهن ، وسببه أنه وقع في عدّة من نسخ الرافعي إسقاط وهو حق «المرتهن» إلى «المرتهن» [١] فوقعت للنحو في اختصارها باجتهاده .

قوله : وأنه لو باع داراً وادعى أنها وقف لم تسمع بيتها ، وقال العراقيون : تسمع إذا لم يكن قد صرّح بأنها ملكه .

وقال الروياني : لو باع ثم قال : بعث ، وأنا لا أملك ثم ورثته ، إن قال حين البيع : هو ملكي ، لم تسمع دعواه ولا بيتها ، وإن اقتصر على البيع سمعت ، نص عليه . انتهى .

وحاصله أن المعروف المنصوص سماع الدعوى والبيئة عند عدم الاعتراف بأنه ملكه ، ولم يسترطوا فيه إبداء وجه محتمل .

وهو يشكل على ما ذكروه في المراجحة ، وقد تقدم التنبية عليه هناك فراجعه .

قوله : وفي «فتاوي القاضي الحسين» : أنه لو ادعى عليه عشرة فقال : لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم ، لا يجعل مقرأ ؛ لأن الأقارب لا ثبت بالمفهوم . انتهى كلامه .

وهو يوهم أن هذا الجواب مقبول ، وال الصحيح كما سبق في جواب الدعوى : أنه لا يصح الجواب إلا إذا نفي كل جزء منها ، فيقول : لا يلزمني تسليم شيء منه .

قوله : وسئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي - رحمه الله - عن رجلين تنازعَا داراً ، فأقام [أحدهما] بينة أنها ملكه وادعى الآخر أنها وقف عليه ولم

(١) سقط من أ .

يقم ببينة فحكم القاضي مدعى الملك ، ثم ادعى آخر وقفيتها وأقام []^(١) مدعى الملك البينة على حكم القاضي له بالملك ، وأقام مدعى الوقف ببينة بالوقفية فرجع الحكم ببينة الملك ذهاباً إلى أن الملك الذي حكم به يقدم على الوقف الذي لم يحكم به ، ثم تنازع مدعى الملك وأخر يدعى وقفيتها فأقام مدعى الملك ببينة لحكم الحكم له بالملك وتقديم جانبه .

وأقام الآخر بینة على أن الوقف الذي يدعیه قضى بصحته قبل الحكم بالملك ، وترجحه على الوقف هل يريد حكم الحاکم بذلك ؟ فقال : نعم ، يقدم الحکم بالوقف على الحکم بالملك ، وينقض الحکم بالوقف الحکم بالملك . انتهي کلامه .

واعلم أن الحكم عندنا ليس من المرجحات فإذا سبق أحد الخصميين وأقام بينة فحكم الحكم له بمقتضى بينته ، ثم أقام الآخر بينة تقتضي التساوي أو الرجحان على الأولى رتبنا عليها مقتضاهما .

إذا علمت ذلك فما نقله الرافعي هاهنا مقتضاه ترجيح الوقف من حيث هو على الملك عند التعارض، وهو خلاف المذكور قبل هذا بدون الصفحة ، فإنه نقل عن «فتاوي القاضي الحسين» أن بيته الوقف والملك تتعارضان .

قوله : حكى الهروي عن العبادى أن من ادعى عليه وديعة ، فقال : لا يلزمني دفع شيء إليه ، لا يكون هذا جواباً ، لأن المودع لا دفع عليه ، إنما يلزم له التخلية ، والجواب الصحيح أن ينكر أصل الإيداع ، أو يقول : هلك في يدي أو رددته ، وهذا يخالف كلام الأصحاب .

ألا تراهم يقولون : من جحد الوديعة فقامت بينة بالإيداع فادعى تلفاً أو
رداً قبل الجحود نظر : أكانت صيغة جحوده إنكاراً لأصل الوديعة أم قال : لا
يلزمني تسليم شيء إليه ؟ . فإما أن يقدر خلاف أو يأول ما أطلقوه . انتهى .

قال في «الروضة» : الذي قاله العبادي صحيح وتأويل كلامهم متعين وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ فحكمه كذا ؛ لأن القاضي يقنع بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب .

قوله نقاً عن العبادي : وأنه لو شهد شاهدان بالقتل على رجل في وقت معين ، وأخران أنه لم يقتل في ذلك الوقت لأنه كان معنا لم يغب عنا تعارضت البيتان .

وقد سبق من نظائر هذا ما يخالفه . انتهى كلامه .

وهذه الشهادة التي جوز العبادي سماعها حتى حكم بالتعارض شهادة على نفي لكنه محصور وحاصل كلام الرافعي : مخالفة العبادي في القبول ، وقد جزم - أعني الرافعي - بردها أيضًا في باب القساممة ، وخالف الموضعين المذكورين في آخر تعليق الطلاق فنقل أن ظاهر المذهب قبولها ولم يعترضه ، وقد تقدم ذكر كل من الموضعين في بابه فراجعه .

واعلم أن النووي قد استدرك على الرافعي في هذا الباب ، فقال : قلت : مراده أن البينة الثانية شهدت بالنفي ، وقد سبق أن شهادة النفي لا تقبل إلا في موضع الضرورة كالإحسار وقد تقدم في [الفصل السابق]^(١) عن «فتاوي الغزالى» ما يوافقه لكنه ضعيف .

والصواب : أن النفي إذا كان في محصور يحصل العلم به قبلت الشهادة انتهى .

وهذا الذي ذكره النووي هنا من «زوائد» مخالف لما وافق عليه الرافعي في باب القساممة .

(١) سقط من أ .

الباب الثاني : في دعوى النسب

قوله : فإذا وطء اثنان في بعض هذه الصوره في طهر واحد ، وأتت المرأة بولد عرض على القافة ، ثم قال : فإن تخلل بين الوطأتين حيضة ، فهي أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول فينقطع تعلقه ، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح ، والثاني واطئاً بشبهة أو في نكاح فاسد ، فلا ينقطع تعلق الأول ، لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء .
فالمكان حاصل بعد الحيضة .

وإن كان الأول زوجاً في نكاح فاسد ففي انقطاع تعلقه بخلل الحيضة
قولان :

أحدهما : أنه كالنكاح الصحيح .

وأظهرهما : خلافه ، لأن المرأة في النكاح الفاسد لا تصير فراشاً مالما
توجد حقيقة الوطء ، هكذا نقل الصورتين الإمام وصاحب « الكتاب » .
انتهى كلامه .

والاستشهاد المذكور أخراً عجيب غير مطابق لكلام الإمام فإن كلامه
يقتضي أنه متفق عليه وليس كذلك ، بل هو مفرع على القولين في أن
النكاح الفاسد يلحق بالنكاح الصحيح أم لا ؟ فإن قلنا : يلحق به ، صارت
فراشاً بإمكان الوطء ولا حاجة إلى تحقيقه حتى لو أنكر الوطء لم يفده ، وقد
صرح الإمام بهذا الخلاف أيضاً وأوضحه إيجاصاً حسناً وصرح به أيضاً
الرافعي في آخر الباب الأول من أبواب العدة .

قوله : ولو اتفق الزوجان والواطئ فلابد من البينة على الوطء ؛ لأن

الجزء التاسع

للولد حقا في النسب واتفاقهما ليس بحججة عليه ، فإذا قامت البينة عرضت على القائل . انتهى كلامه .

وما ذكره من اشتراط البينة قد خالفه في كتاب اللعان في أوائل الركن الثالث منه فذكر ما حاصله : الجزم بأنه لا تشرط البينة ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : فلو استلحق مجهولاً له زوجة فأنكرت ولادته واستلحقته امرأة لها زوج فأنكره حكى في « الوسيط » فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن أمه التي تستلحقه دون المنكرة .

والثاني : أن أمه زوجة صاحب اليد .

والثالث : يعرض على القائل فيلحقه بإدعاهم ، ولو كانت الصورة بحالها فأقام كل واحد بينة فعن ابن سريج أربعة أوجه : أحدها : أن بينة الرجل أولى .

والثاني : بينة المرأة أولى ، لأن ولادتها محسوسة .

والثالث : يتعارضان .

والرابع : أنه يعرض على القائل فإن الحق الولد بالرجل لحقه ولحق زوجته ، فإن لحقه بالمرأة لحقها دون زوجها . انتهى .

تابعه في « الروضة » على حكاية الأوجه هكذا ، وفيه أمران :

أحدهما : أن الأصح في المسألة الأولى أن الولد لا يكون ابنًا لواحدة من المرأتين ، فقد سبق قبيل هذا أن الرجل إذا استلحق ولدًا لا يلحق زوجته على الصحيح ، وسبق في القبط أن المرأة لا يصح استلها على الصحيح فلزم من ذلك ما ذكرناه فاستحضره .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في الوجه الرابع وهو المذكور في آخر كلامه من أنه إذا ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها خلاف المذهب، فقد سبق في القبيط أن المنصوص أنه يلحقه، وصححه أيضاً مع غير البينة إن قلنا بصحة استلحاقها .

قوله : إذا لم يجد قائفاً أو تحيير ولم يحر جواباً وألحق الولد بهما أو نفاه عنهما وقف إلى أن يبلغ . انتهى .

عبر أيضاً في باب القبيط بقوله إذا لم يجد قائفاً ، ومقتضاه أن وجданه في مكان بعيد أو قريب يمنع من الحكم بالمثل ، وليس كذلك كما تقدم التنبيه عليه في كتاب القبيط .

واعلم أن العرب تقول كلمته فما أحار جواباً بالحاء والراء المهملتين ، أي بما رده ، وحيثئذ فقول الرافعى ولم يحر هو بضم الباء أي لم يرده .

قوله : فإذا بلغ أمرناه بالانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده، فإذا امتنع حبس ليختاره، وإذا اختار كان اختياره كإلحاق القائم، وإن قال : لا أجد ميلاً إلى أحدهما بقي الأمر موقوفاً . انتهى كلامه .

وما ذكره من الحبس وتابعه عليه في «الروضة» محله إذا اعترف بوجود الميل فإن لم يعترف به لم يحبس، صرخ به الإمام في «النهاية» في هذا الباب وأوضحه أحسن إيضاح وكلام الرافعى لا ينافيه فتعين الحمل عليه .

نعم إذا سئل فسكت فيتجه الحبس إلى أن يخبر بأنه لا ميل عنده أو بما عنده من الميل .

قوله : ولا عبرة باختياره قبل البلوغ ، وقيل يخير المميز ، وقد سبق هذا في القبيط . انتهى .

وظاهره يقتضى أن الخلاف وجهان ، والخلاف قولهان قدیم وجديد

[والجديد] (١) أنه لابد من البلوغ .

كذا حكاه، الماوردي وصاحب «العدة» [في كتاب العتق] .

قوله : ولا يصح إعتاق غير مالك إلا بوكالة أو ولایة . انتهى [٢] .

اعلم أنه أشار بالولاية إلى إعتاق الولي عن الصبي والجنون إذا لزمهما كفارة قتل ، وقد اختلف نقل الرافعي في هذه المسألة ، وتبعه عليه في «الروضة» ، وقد سبق إيضاح ذلك في كفارة القتل ، وكلامه يتناول الإعتاق عن السفيه في كفارة القتل ونحوها كاليمين والظهار والجماع في رمضان لكنه ذكر في باب الحجر أنه ينتقل في كفارة اليمين إلى الصوم .

قوله : وصرائح الطلاق وكنياته كلها كنایات في العتق . انتهى .

تابعه في «الروضة» على هذا الإطلاق ويستثنى منه ما إذا قال لعبده أنا منك طالق فإنه لا يعتق ، ولو قال أنا منك حر ، أو أعتقت نفسي منك ، ونوى إعتاق العبد لم يعتق أيضاً على الأصح .

كذا ذكره «الرافعي» في كتاب الطلاق ، قال بخلاف مثله في العتق ، وفرق بأن الزوجية تشمل الجانبين ، والرق مختص بالعبد ، وقد استثنى «الغزالى» أيضاً من هذا الإطلاق أن يقول لعبده : اعتد أو استبرا رحمك فإنه لا يعتق بذلك ، وإن نواه ، ولو قاله لأمته فوجهاه وينبغي اختصاص الوجهين بما إذا لم تكن الأمة موطوءة فإن كانت كان ذلك كنایة قطعاً .

قوله : ولو قال وهبتك نفسك ونوى العتق عتق ، وإن نوى التمليل فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في ما إذا قال بعتك نفسك . انتهى كلامه .

والمسألة الحال عليها ، وهي مسألة البيع مذكورة في أول الكتابة ، وحكمها أنه لابد من القبول على الفور .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما: أنه قد أهمل قسماً ثالثاً وهو ما إذا لم ينوه شيئاً فالحكم فيه كالحكم في ما إذا نوى التمليل حتى أنه يحتاج إلى القبول .

ويصح بدون هذه النية، كما أن التمليل كذلك هذا حاصل ما ذكره هناك، وذكر أيضاً نحوه في الباب الثاني من أبواب الوصيّة قبل الكلام في المسائل الحسابية بدون ورقة فقال مستدلاً لمسألة ما نصه : كقوله لعبدة: ملكتك نفسك أو وهبتك نفسك فإنه يشترط فيه القبول في المجلس، ولو قال : وهبتك نفسك، ونوى به العتق عتق بلا قبول هذا كلامه .

الأمر الثاني: أنه جزم في التمليل بالصحة وحکى في لفظ البيع قوله لا يصح فغایر بينهما إلا أن يريد أنه ذكره في الكلام على البيع لا أن حكمه كحكمه .

قوله : ولو كانت أمته تسمى قبل جريان الرق عليها حرمة فقال لها : ياحرة إلى آخره .

فيه كلام سبق في أول الباب الثاني في أركان الطلاق في أول الركن الثالث منه فراجعه .

قوله : وفي «فتاوي الغزالى» أنه لو اختار بالمكاس نخاف أن يطالبه بالمكس عن عبده فقال : إنه حر، وليس بعيد، وقدد الإخبار لم يعتقد في ما بينه وبين الله تعالى، وهو كاذب في خبره ومقتضى هذا أن لا يقبل ظاهراً . انتهى كلامه .

وما أشعر به كلام الغزالى من عدم القبول ظاهراً وأقره عليه، قد تابعه عليه أيضاً في «الروضة» ومقتضى المذهب خلافه ، ففي آخر الباب الأول من أبواب الطلاق أنه لو قال لها أنت طالق وهو يحلها من وثاق ثم إدعى أنه أراد الطلاق من ذلك الوثاق فإنه يقبل على الأصح لأجل القرينة ولا

شك أن مروره بالملkasن قرينة ظاهرة في إرادة صرف اللفظ عن ظاهره .
قوله : في «الروضة» ولو قال يامولي فكنية ، ولو قال له ياسidi قال
القاضي الحسين والغزالى : هو لغو ، وقال الإمام : الذي أراه أنه كناية .
انتهى .

صرح في «الشرح الصغير» برجحان الكناية ، فقال : والأشبه عند الإمام
وغيره أنه كناية ، وهو الجواب في «التهذيب» ، وهذا الذي ذكره في
«الصغير» كلامه في «الكبير» أيضاً يحتمله وكذلك أجاب به أيضاً في
«الحاوى الصغير» .

قوله : ولو قال جعلت عنقك إليك أو جوزتك ونوى تفويض العتق إليه
فأعتق نفسه في الحال عتق كما في الطلاق .

وتعبيره بقوله حررتك قد شاهدته أيضاً بخط النموي في «الروضة» كما
هو موجود في نسخ الرافعي وهو غير مستقيم ، فقد ذكر الرافعي قبل هذا أن
هذه اللفظة صريحة وصوابه : حريرتك مصدرأً مضافاً كاللفظ المذكور قبله
وهو العتق .

والظاهر أن الرافعي إنما ذكره هكذا ، ولكن تحرف على النساخ فتابعهم
في «الروضة» .

قوله : فروع أكثرها عن ابن سريح : إذا قال أول من دخل الدار من
عيدي أو أي عيد من عبيدي دخل أولاً فهو حر ، فدخل اثنان معاً ثم ثالث
لم يعتق واحد منهم ، أما الثالث فظاهر . وأما الاثنان فلا يوصف واحد منهمما
بأنه أول . انتهى كلامه .

وما جزم به من عدم عتق واحد من الاثنين قد ذكر نحوه في باب تعليق
الطلاق في الكلام على التعليق بالولادة ، ثم قال : وقال الشيخ أبو على :
يحتمل وقوع الطلاق عليهما لأن كلاً منها يوصف بأنه أول ولد إذا لم يلد

قبله غيره، لأنه لو قال أول من رد آبقي فله دينار فرده اثنان استحقا الدينار، قال : وعرضته على الشيخ يعني القفال فلم يستبعده .

وإذا علمت ذلك فاعلم أن هذه المسألة هي نظير ما إذا أوصى سيد المكاتب فقال : ضعوا عن مكاتبي أو سط نجومه في العدد، وكان عددها شفعاً فالأوسط اثنان كالثاني والثالث من أربعة ، فهل الأوسط كلاهما أو أحدهما فقط ويعينه الوراث ؟ فيه خلاف ذكره الرافعى في الباب الثاني من أحكام الكتابة في الحكم الثالث منه ، وقد ذكرناه هناك ، وبيننا أن مذهب الشافعى هو الأول فراجعه .

وإذا ظهر ذلك علمت أن ما قاله الرافعى ههنا وفي الطلاق خارج عن المقالتين جمياً، وذكر «الرافعى» في باب المسابقة ما حاصله أن الأول يطلق على المتعدد وهذا هو الحق .

قوله : إذا قال أول من يدخل الدار من عبدي أو أي عبد من عبدي دخل فهو حر فدخل واحد لا غير، فهل يعتق ، لأنه إنما يكون أولاً إذا كان هناك ثان ؟ فيه وجهان في تعليق الشيخ أبي حامد أصحهما : أنه يعتق . انتهى كلامه .

والذى صححه أبو حامد قد صححه النووي في أصل «الروضة» .

قوله : ولو قال لعبدين له إذا جاء الغد عتق إحدهما وعليه التعين، ولو باع أحدهما أو أعتقه أو مات قبل مجيء الغد ، ثم جاء الغد والآخر في ملكه .

لم يتغير للعتق ، وعلل بأنه لا يملك حينئذ أعتاقهما، فلا يملك إيقاع العتق في أحدهما كما لو قال لعبد وعبد غيره أحد كما حر لا يكون له حكم، وهذا غير مسلم ، أليس ذكرنا في الطلاق وجهين في ما إذا قال لزوجته وأجنبيه : إحداكما طالق أنه هل يقبل قوله أردت الأجنبية . فقد اتفق

الوجهان على أن له حكماً وأثراً، إنما الكلام في أنه هل يمكن من الصرف عن الزوجة . انتهى كلامه .

وحاصله أن الرافعي مخالف لما قاله هذا القائل من عدم التعيين للعتق، وقد اقتصر في «الروضة» على ذكر المنشول أولاً وعلى بعض تعليمه، وأوهم أن الرافعي موافق عليه وهو اختصار عجيب فنفطنه له .

قال رحمة الله : وخصائص العتق التي ينفرد بما عن الطلاق خمس :
الأولى : [السرایة] ^(١) .

قوله : ولو قال لأمته الحامل إن كان أول من تلديه ذكرأً فهو [حر] ^(٢) ، وإن كان أنثى فأنت حرّة فولدت ذكرأً وأنثى ، فإن ولدت الذكر أولاً اعتق ورقت وإن ولدت الأنثى أولاً عتق الأم والذكر أيضاً لكونه في بطن عتقة، وترق الأنثى لأن عتق الأم طرأ بعد مفارقتها . ولو ولدتهما معاً فلا عتق إذ لا أول منهما .

ولو لم يعلم هل ولدتهما معاً أو مرتبأً؟ فلا عتق للشك ولو علم سبق أحدهما وأشكل ، فالذكر حر بكل حال والأنثى رقيقة بكل حال والأم مشكوك فيها فيؤمر السيد بالبيان .

فإن مات قبل البيان، فالأصح أنها رقيقة عملاً بالأصل، وقال ابن الحداد: يقع بينهما بسهم رق وسهم عتق ، وذكر في «تقريريه» أنه يقع بينها وبين الغلام، فإن خرجت على الغلام لم يعتق غيره، وإن خرجت عليها عتق ولم ترق الأم ويجوز أن يقع بين شخصين وتعمل القرعة في أحدهما دون الثاني . انتهى كلامه .

ثم استشهد ابن الحداد على ما ذكره آخرأً بمسألة الغراب المشهورة .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وما ذكره الرافعى عن «التقريب» لابن الحداد أسقط من «الروضة».

قوله : فمن أعتق بعض ملوك والباقي لغيره فيعتق نصيبه ، فإن كان موسراً بقيمة باقية لزمه قيمته للشريك ، وعتق الباقي عليه. انتهى كلامه .

وهذا التعبير قد ذكره ، الرافعى ، في غالب هذه المسائل ، وهو صريح في إيجاب قيمة النصف مثلاً ، لا نصف القيمة وبينهما فرق ظاهر فإن نصف القيمة أكبر من قيمة النصف لأجل [التشخيص] ^(١) لكن قد ذكر الرافعى ، في مواضع ما يخالفه :

منها عقب هذا بأسطر ، فإنه ضرب مثلاً في عبد قيمته عشرون ، وذلك المثال لا يستقيم إلا على إيجاب نصف القيمة فراجعه .

وقد تقدمت قاعدة هذه المسألة مبسوطة في الباب الرابع من أبواب الصداق .

قوله : في «الروضة» : ولو ملك قيمة الباقي لكن عليه دين بقدره قوم عليه على الأظهر واختاره الأكثرون لأنه مالك لما في يده نافذ فيه تصرفه .
ثم قال مانصه : فعلى الأولى يضارب . انتهى كلامه .

والحكم الذي ذكره في آخره تفريعاً على أنه لا يحصل بنفس الإعتاق غلط ، فإن الكلام على تقدير أن لا يصييه بالمضاربة ما يرمي بجميع النصيب فإذا فرعنا عليه وفرعنا على أن السراية تتوقف على أداء القيمة ، لم يتصور مع ذلك عتق الجميع ، بل لا يمكن إلا عتق البعض ، وقد ذكره الرافعى على الصواب ولكن حصل في كثير من النسخ إسقاط ، وهو من صيغة الإعتاق إلى الإعتاق فوقع للنحوى بعض تلك النسخ فاختصر منها .

(١) سقط من أ .

واعلم أن القول بالتوزيع يتوجه إن حجر الحاكم عليه، فإن لم يحجر لم يتعين التوزيع لأنه يجوز لمن عليه ديون أن يوفى ما شاء منها، وإذا أدعى عليه بعضهم ألزمته القاضي بوفاء دين المدعى، وإن أدى إلى إعساره عن ما عداه .

قوله : ولو ملك شخصين من عبدين وأعتقهما مبدأً عتق نصبيه منهما وسرى إلى نصف نصيب الشريك من كل منهما فيعتق من كل منهما ثلاثة أرباعه وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال وقلنا اليسار بقيمة بعض النصيب يقتضي السراية بالقسط، وإن أعتق مرتبًا سرى إلى جميع الأول ، ثم إن قلنا الدين يمنع السراية فلا سراية في العبد الثاني . وإلا فيسري وما في يده يصرف إلى الشريك والباقي في ذمته .

وإن كان الشخصان لشخصين صرف إلى [كل] [١] (١) منها نصفه ولو ملك الشخصين فأعتقهما معاً ولا مال له غيرهما فلا سراية لأنه معسر .

قال الشيخ أبو على : والسراية في الصورة الأولى إنما هو تفريع على غير السراية ، فإن قلنا لا تسرى إلا بوصول القيمة امتنعت السراية لأنه لم يبق له مال بإعتاق النصف الثاني ، ثم قال : وهذا أي ما قاله الشيخ أبو على ليس بواضح ، وينبغي أن يكون في ذمته إلى أن يجد فإن مات معسرًا فسيأتي حكمه . انتهى كلامه .

وما ذكره في الرد على الشيخ أبي على عجيب وذهول عن ما سيأتي في الكلام على شروط السراية ، عن الشيخ أبي على والصيدلاني والروياني والغزالى أن طرءان الإعسار على هذا القول مانع من السراية ، حتى أنه نقل عن الشيخ أبي على أن عود اليسار بعد ذلك لا أثر له ولم ينقل في المسألتين

(١) سقط من ب .

إلا احتمال للإمام خاصة فراجعه .

وقد أسقط في «الروضة» : مقالة أبي على هذه .

قوله : ولو كان بين ثلاثة عبد فأعتق اثنان نصيبيهما وأحدهما مoser دون الآخر يقوم نصيب الثالث على المoser بلا خلاف . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف قد تبعه عليه في «الروضة» وليس كذلك فقد جزم القاضي الحسين في «تعليقته» عند الكلام في ما إذا كان المعتق موسراً بعض القيمة بأنه يعتق على المoser بالسرایة ما كان يخصه لو كانا موسرين، ثم قال : ويحتمل أن يقال يقوم جميع نصيب الذي لم يعتق على هذا المoser هذا كلامه، لكنه جزم في موضع آخر بما يخالفه .

[قوله]^(١) ولو باع شقصاً من يعتق وارثه بأن باع ابن أخيه بثوب ، ومات وورثه إخوته فوجد بالثوب عيناً فرده واسترد الشقص وعتق عليه ففي السرایة وجهان فإنه تسبب في تملكه لكن مقصوده رد الثوب . انتهى واعلم أن هذه المسألة قد ذكرها الرافعي بعد ذلك بنحو ست أوراق قبيل الخاصة الثالثة من خواص العتق ، واقتضى كلامه أن الأصح فيها عدم السرایة ، وتابعه عليه النووي في «الروضة» . فإن الرافعي ذكر مسألة ورجح فيها عدم السرایة ، ثم قال : ويجري الخلاف في كذا وكذا وذكر هذه المسألة فيها وقد صحق النووي هنا من «زوائد» أنه يسري على خلاف المذكور هناك .

قوله : لو أوصى لزيد بشقص من يعتق عليه ولا يعتق على وارثه ، كما لو أوصى له بشقص من أبيه وارثه أخوه من الأب فمات وقبل الوصية أخوه عتق ذلك الشخص على الميت وسرى إن كان له تركة بقي ثلثها بقيمة الباقى لأن قبول وارثه كقوله في الحياة ، قال الإمام ؛ هكذا ذكره الأصحاب ، وفيه

(١) سقط من أ .

وقفة لأن القبول حاصل من غير اختياره . انتهى كلامه .

وهو يقتضي أن هذه الوقفة لم يقل بمقتضها أحد وأن الأصحاب متفقون على السراية ، وليس كذلك فقد ذكر الرافعي في الوصية أن الشيخ أبا على ذهب إلى عدم السراية ، وحکاه عن بعض الأصحاب .

قوله : وإن أطلق وقال للعبد وهو يملك نصفه : أعتقت نصفك ، فعلى ما يحمل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : على النصف الذي يملكه ، فإن الإنسان إنما يعتقد ما يملكه.

والثاني : أنه يجري اللفظ على إطلاقه ، ويحمل على النصف شائعاً لأنه لم يخصبه بملك نفسه وعلى التقديرين يعتقد جميع العبد إذا كان موسرأً أما على التقدير الأول فيعتقد [نصفه] ^(١) الذي يملكه ، ثم يسري ، وأما على الثاني فلأنه يعتقد نصف نصفه وهو ربع العبد ، ثم يسري إلى باقي نصبيه ، ثم إلى نصيب الشريك .

قال الإمام ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا أن يفرض تعليق طلاق أو عتق بأن يقول إن أعتقت نصفي من هذا العبد فامرأتي طالق فإن قلنا بالوجه الأول وقع الطلاق ، وإن قلنا بالثاني فلا . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره تفريعاً على الوجه الثاني من كونه يسري أولاً إلى باقي نصفه ، ثم بعد ذلك إلى نصيب شريكه ، لم يذكره في «الروضة» وإنما ذكر مطلق السراية وفيه نظر - أعني الترتيب المذكور - بل ينبغي أن يسري إليهما معاً ولا يتأخر أحدهما عن الآخر ، لأن الموجب لهما موجود ولا مانع

(١) سقط من أ .

منه .

الأمر الثاني : أن الخلاف تظهر فائدته في غير التعليق في مسألتين :

إحداهما : إذا وكله شريكه في إعْتاق نصفه ، فإن قلنا : إن العتق يقع شائعاً عتق جميع العبد شائعاً على الموكِل والكيل ، وإن قلنا يقع على نصيبيه لم يعتق حصة الشريك .

وقد حكى ابن الصباغ في هذه الصور وجهين :

أحدهما : أنه يتناول نصيب شريكه لا غير .

والثاني : أنه يختص بنصيب نفسه لأنَّه لا يحتاج إلى نية .

وهذه الفائدة قد ذكرها ابن الرفعة هكذا مقتضراً عليها .

المُسَأَّلة الثانية : سؤال العتق على عوض ولتقدم عليه مقدمة .

وهي أن المرأة لو قالت : طلقني ثلاثةً ولك ألف فطلقها طلاقة ونصفاً، فهل يستحق ثلثي الألف بوقوع طلقتين ، أو النصف خاصة لأنَّه إنما أوقع نصف الثلاث والتكميل حكم الشرع ؟

فيه وجهان في كتاب الخلع من الرافعي من غير ترجيح ، ورجح النووي من «زوائد» .

الوجه الثاني : فإذا تقرر ما قاله هناك جاء مثله هنا ، فإذا قال أعتق النصف الذي لك على ألف فأطلق إعْتاق النصف ، فإن قلنا يترك على نصفه استحق ، وإن قلنا يكون شائعاً حتى لا يعتق أولاً إلا نصف نصيبيه ثم يسري فالراجح أنه لا يستحق إلا نصف الألف كما تقدم لأن الإعْتاق على مال كالخلع على مال كما قاله الرافعي في كفاراة الظهار وهو موضع هذه المسائل ثم إن صورة المسألة ما إذا قال أعتقه عنك ، وكذا لو أطلق على ما

صححه في الظهار .

أما لو قال عني ففي سريانه خلاف ، نقف عليه إن شاء الله تعالى قبل التدبير .

قوله : الثالثة : أقوى القولين أن التدبير لا يمنع السراية . فإن قلنا لا يسري ورجع السيد عن التدبير فهل يسري حينئذ ؟ قال أكثرهم لا . انتهى .

واعلم أن الصحيح امتناع الرجوع من التدبير بالقول فتكون هذه المسألة مفرعة على الضعيف .

قوله : ولو باع نصف عبد يملك نصفه ، فإن قال : بعتك النصف الذي أملكه صحيح ، وإن قال : بعتك نصفه فهل يحمل على ما يملكه أم على النصف شائعاً ؟ وجهان .

فعلى الثاني : يبطل في نصيب الشريك ، وفي نصف نصيبيه قولًا تفريق الصفة ، إلى آخر المسألة .

واعلم أن هذه المسألة قد اختلف فيها كلام الرافعي والنwoي معاً .

وقد تقدم ذلك مبسوطاً في الباب الثالث من أبواب الإفرار .

قوله : فمنها إذا ولد أحد الشريkin الجارية المشتركة بينهما بالسوية ، فإن كان موسراً سرى الاستيلاء كالعتق ، ويُسرى بنفس العلوق أو غير أداء القيمة ، أو يتبيّن بأدائها حصول السراية عند العلوق .

فيه الأقوال المذكورة في العتق ، وعلى الأقوال يجحب على المستولد نصف المهر للشريك مع نصف قيمة الجارية .

ثم قال ما نصه : ثم إن قلنا يحصل الملك بأداء القيمة فيجب مع ذلك قسط نصيب الشريك من الولد ، وإن قلنا يحصل بالعلوق أو قلنا بالتبين فقد

حکى الإمام خلافاً للأصحاب في أنه يثبت بعد العتق أو قبله، إن قلنا بعده وجوب نصف الولد أيضاً، وإن قلنا قبله لم يجب.

وهذا ما أجاب به في [«المذهب»] ^(١). انتهى كلامه.

وتعبيره في آخر المسألة بقوله بعد العتق تابعه عليه في «الروضة» أيضاً، وصوابه بعد العلوق فتأمله، وهو المذكور في «النهاية» أيضاً، ثم إن النووي في «الروضة» عبر بقوله : وجوب نصف قيمة الولد وذكر المسألة في آخر كتاب الكتابة وعدل عن تعبيره الرافعي بهذه العبارة ، وعبر بقوله قيمة نصف الولد .

وسأذكره هناك مختصراً .

وأما الوجهان اللذان ذكرهما من غير ترجيح في نصيب الشريك من الولد، فالصحيح منهما : هو الوجوب .

كذا جزم به الرافعي في آخر التدبير ، وهو أيضاً مقتضى تصحيح الرافعي عدم وجوب قيمة الولد على الأب إذا وطئ جارية ولده .

وقوله في أول المسألة : نصف القيمة ليس بجيد بل صوابه قيمة النصف كما هو مقرر في موضعه .

قوله في «الروضة» : ولو كان لواحد النصف وللثاني الثالث وللثالث السادس فأعتقد اثنان نصيبيهما معاً سرى عليهما، وكيف يقوم ؟ فيه طريقان .

أحدهما : على قولين كنظيره من الشفعة .

أحد القولين : تكون القيمة عليهما بالسوية .

والثاني : على قدر الملkin .

(١) في ب : التهذيب .

والطريق الثاني : القطع بأنها على عدد الرؤوس كما لو مات عن جراحاتها المختلفة، ثم قال ما نصه : وهذا الطريق هو المذهب باتفاق فرق الأصحاب إلا الإمام فرجح طريق القول . انتهى كلامه .

وهذا الحصر ليس بجيد، فقد اختار الغزالى أيضاً طريقة القولين، والعجب أن الرافعى قد نقله أيضاً عنه .

قوله : الثالثة : إن قلنا بالصحيح ، وهو أن السراية تحصل بنفس الإعتاق أو قلنا بالتبين ، فتعتبر قيمة يوم الإعتاق ، وإن قلنا بتأخيرها إلى الأداء ففيه وجوه :

أحدها : تعتبر قيمة [يوم] (١) الأداء .

والثاني : يوم الإعتاق ، والثالث : أقصى القيم .

ورجحه الإمام والغزالى ، ثم قال : لكن الذي أورده أكثرهم الثاني : ووجهوه بأن الإعتاق هو السبب الموجب للتقويم ، وإن آخر التقويم فهو كالمفوضة يجب لها مهر المثل بالدخول باعتبار يوم العقد ، لأن البعض دخل في ضمانه يومئذ وعلى أن في المفوضة وجهاً آخر أنه يعتبر يوم الإصابة . انتهى كلامه .

والرد على الإمام والغزالى في اعتبارهما الأكثر بكلام الأكثرين، وبالقياس على المفوضة صريح في أن الأكثر لا يعتبر في مهر المفوضة أيضاً وفي المسألة اختلاف عجيب سبق إيضاحه في الباب الثالث من أبواب الصداق .

قوله : في «الروضة» : ولا يقبل قول العبد إني أحسن الصنعة ولا أحسنها ، بل يجرب ولو اختلفا في عيب ينقص القيمة نظر إن ادعى المعتق

(١) سقط من أ .

عيّاً في أصل الخلقة بأن قال كان أكمه أو آخرس، وقال الشريك بل بصيراً ناطقاً وقد غاب العبد أو مات صدق المعتق بيمينه على المذهب، وقيل في المصدق قوله :

قال البغوي : والطريقان في ما إذا إدعى النقص في الأعضاء الظاهرة، أما إذا إدعاه في الباطنة فقولان كالصورة الثانية، وهي دعوى حدوث العيب ليتمكن الشريك من البينة على سلامة الظاهر . انتهى كلامه .

وتعبيره قوله قال البغوي : والطريقان إلى آخره غلط فإن البغوي، لم يحك خلافاً بالكلية في هذه الحالة ، وهي ما إذا ادعى النقص في الأعضاء الظاهرة ، بل جزم بأن القول قول المعتق .

وعبارة الرافعى صحيحة موافقة لما في «التهذيب» فإنه قد قال - أعني الرافعى ما نصه : فيصدق المعتق بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته ، والأصل عدم ما يدعى الشريك ، ومنهم من جعله على قولين كما لو اختلفا في مقدار القيمة مطلقاً ، والظاهر الأول ، لكن خصصه في «التهذيب» بما إذا ادعى النقص في الأعضاء الظاهرة ، أما إذا إدعاه في الأعضاء الباطنة فهو على قولين ، فيما إذا ادعى حدوث العيب ، هذه عبارة الرافعى .

فالضمير في قوله : لكن خصه عائد إلى ما قاله الرافعى إنه الظاهر . وهو الجزم بتصديق المعتق فتوهم في «الروضة» عوده إلى الحكم مع ما فيه من الخلاف فصرح به فوقع في الغلط .

واعلم أن عبارة «الروضة» في صدر المسألة توهّم أن العبد يجرب عند إنكار الصنعة ، وعند دعواها وهو معلوم البطلان ، [وعبارة]^(١) الرافعى صحيحة فإنه قال : ولا يقبل قول العبد على الشريك إني لست بخباز لأنه قد يكتم الصنعة ولا على المعتق إني أحسنها ، بل يجرّب هذا لفظه .

فاختصره النووي على التقديم والتأخير، وأتى بالتجربة عقبهما كما سبق فتفطن له .

قوله : الثانية : إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينفذ إن أثبتنا السراية في الحال وإن أخرناها إلى أداء القيمة فكذلك في أظهر الوجهين، فإن نفذنا الإعتاق ففي البيع والهبة ونحوهما وجهان، الظاهر المنع، وعن الشيخ أبي محمد القطع به .

وإذا قيل بنفوذ البيع : فهل للشريك أن ينقضه ويبدل القيمة كما ينقض الشفيع مع المشترى ؟ فيه احتمال للإمام . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذه الطريقة القاطعة وهي طريقة الشيخ أبي محمد قد أسقطها من «الروضة» .

الثاني : أن ما ذكره في النقض قد عبر بمثله في «الروضة» ولا يعلم منه هل فيه نقل أم لا ؟ ولا أن المنسوب هو النقض أو عدمه ؟ ولتعلم أن المنسوب هو نقض هذه التصرفات ، كذا جزم به القاضي حسين في تعليقه .

قوله : قال الإمام : ويلزم على قولنا بنفوذ البيع أن لا يملك مطالبته به ، وأن يكون المعتق مختاراً أن يبدل القيمة كالشفيع في بذل الثمن ، وهو ضعيف .

انتهى .

أسقط في «الروضة» المسألة الثانية ، مما قاله الإمام ، وهي الاختيار مع أنها لا تؤخذ من الأولي فتأمله .

وهذا الاحتمال أبداه القاضي حسين في تعليقه فأخذه منه الإمام .

قوله في «الروضة» : السابعة : إذا تعذرت القيمة بإفلاس أو هرب ، فقال الشيخ أبو علي ، والصيدلاني ، والروياني يبقى نصيب الشريك رقيقاً ويرتفع الحجر عنه ؛ إذ لا وجه لتعطيل ملكه عليه بلا بدل وفيه احتمال للإمام

أنه يثبت العتق .

وجعله الغزالى وجهاً، فقال : الصحيح أن إعسار العتق يرفع الحجر ولو عاد اليسار .

قال الشيخ أبو علي : لا يعود التقويم لأن حق العتق ارتفع بتدخل الإعسار، وفيه احتمال للإمام . انتهى كلامه .

وهو غير مستقيم لأنك إن كان التعذر من الفلس وغيره مقارباً للإعتاق فلا عتق ولا حجر بالكلية ، وإن كان طارئاً فالعقل قد وقع واستمر لأن أصح الأقوال تعجيل السراية .

واعلم أن صورة المسألة أن يكون طارئاً وفرعنا على الضعيف ، وهو أن السراية لا تحصل إلا بأداء القيمة ، أو أنه إذا أدتها تبين وقوعها قبل ذلك .

وقد ذكره الرافعى على الصواب ، فإنه أدرج هذه المسألة في أثناء التفريع على «الضعف» ، وعبر بتعبير مستقيم ، فأفرد النموذج المسألة وجزم بها ، ولم يفرعها على شيء كما فرع ما قبلها ، وما بعدها على الأقوال ، ثم إنه عبر في أثنائها بتعبير فاسد فقال : وفيه احتمال للإمام أنه يثبت العتق فاقتضى تعبيره بالعقل أن الكلام مفروض بعد تقدم حصوله .

قوله : فرع : إذا قلنا : لا تحصل السراية قبل أداء القيمة فلو وطئ الشريك الجارية قبل الأداء وجب نصف المهر لنصفها الحر ، قال الإمام : وليقع الفرض في وطء محترم وفي ما إذا كانت مكرهة مضبوطة . انتهى كلامه .

وما نقله عن الإمام وأقره من عدم وجوب نصف المهر للمرأة مع الطوعية لأجل نصفها الحر أو أنه لا يجب لها إلا مع سبب آخر من إكراه ، أو ظن ونحوه ، كما في الحرة الكاملة .

قد تابعه عليه في «الروضة» أيضاً وهو غير صحيح لأن المقتضي لسقوط

الحد إنما هو شبهة الملك والشبهة قائمة .

وقد حكى الرافعي في باب الكتابة [أن السيد إذا وطئ المكاتبته] عالمة مطاوعة وجب لها المهر على الصحيح المنصوص لأن المقتضي لسقوط الحد هو شبهة الملك وهو موجود في هذه الحالة .

قوله في المسألة : ولا يلزم النصف لمصادفته ملكه ، وقيل يلزمه فعلى هذا يصرف للمعتق لأنه يستحق الانقلاب إليه ، وقال الإمام : يجوز أن يقال أنه يصرف إلى الجارية ، ثم قال : وينبغي أن يتخير إكرامه ، بل يثبته عند السراية حتى لو ماتت الجارية وقلنا : لا سراية بعد الموت ، فلا توجبه لتبيين استمرار الملك . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه قد سقط منه لفظة «لا» قبل التعبير بالتخير ، ويكون أصل الكلام ، وينبغي أن لا يتخير ، ولما أشكل الكلام على النووي حذف المسألة من «الروضة» .

قوله : أيضاً في المسألة : وإن قلنا تحصل السراية بنفس الإعتاق فيجب جميع المهر لها ، ولا حد لاختلاف في ملكه . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم وجوب الحد ، وإن قلنا أن السراية تحصل بنفس الإعتاق ، قد ذكر بعد هذا بنحو ثلاثة أوراق بما يخالفه فقال : فروع تتعلق بالسراية : الأول إن قلنا السراية تحصل بنفس الإعتاق فله حكم الأحرار في الميراث والشهادات والحدود والجنایات ، وإن لم تؤد القيمة ، وإن أخرناها إلى أداء القيمة فله حكم الأرقاء فيها حتى تؤدي ، وإن توقفنا توقفنا في هذه الأحكام . انتهى .

فحكمه بأنه على تعجيز السراية ، كالأحرار في الحدود يدل على أن السيد إذا وطئها حدت ولا يتصور التفرقة فيقال : السيد لا يحد والأمة تحد ،

وقد ذكر أيضاً ما يوافق الثاني في موضع من آخر كتاب الكتابة قبيل الحكم الخامس، في الكلام على ما إذا كاتبا جارية ووطئها جميعاً.

قوله : قال لشريكه إذا أعتقدت نصيبي حر، فأعتقد المقول له نصيبه ، فإن قلنا : السراية تحصل بالإعتاق أو بالتعيين سرى ، لأنها قهرية تابعة لعتقد نصيبه لا مدفوع لها، ووجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه، وإن قلنا بالأداء : فنصيب المعلق عن من يعتقد فيه وجهان . انتهى .

وحاصل ما ذكره هنا تقديم السراية على التعليق على الصحيح، وقد تقدم في الباب الأول من أبواب الوصية قبل الركن الرابع ما يشكل عليه، ويقتضى التسوية بين التعليق والسراية ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

واعلم أن الراجح على ما ذكره الرافعى في باب تعليق الطلاق : أن المشرط مقارن لشرطه في الزمان ومقتضى السراية : التأخر فصار للمعلق حكم السبق فلم يأت زمن السراية إلا بعد عتق المعلق فلم يصادف محلأً فيترجح بهذا عتق الأم في مسألتنا هنا ، ويكون هذا الترجيح معارضاً لما رجح به الرافعى السراية فيتعارضان وتلزم القرعة كما ذكرناه في باب الوصية .

قوله : لأن المعلق لا يقارن المعلق عليه بل يتأخر عنه لا محالة، ثم قال بعده : لأن عتق غانم مشروط بعتقه فلا يؤخذ دونه . انتهى .

أما الأول فتابعه عليه في «الروضة» ، وعبر بقوله : بلا شك ، وليس كذلك ، فإن في مقارنة الشرط المشرط خلافاً مشهوراً، وقد حكاه الرافعى في أوائل باب تعليق الطلاق في الكلام على التعليق بالتطبيق إلا أنه استغربه مع أنه ليس بغرير واما الأخير فلم يتعرض له في «الروضة» ، وصوابه لأن عتق سالم مشروط بعتقه أي بعتق غانم .

وفي هذا الكلام تنبيه على الصواب لمن طالع المسألة .

قوله : فرع : قال أحد الشركين : أعتقدناه معا ، وأنكر الآخر فإن كانا موسرين أو القائل وحده حلف المنكر . كذا أطلقه ابن الحداد ، وتابعه جماعة . وإذا حلف أخذ القيمة من المقر وحكم بعتق جميع العبد ، وولاء نصيب المنكر موقوف ، فلو مات العتيق ولا وارث له سوى المقر أخذ نصف ماله بالولاء .

وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر؟ وجهان :

أحدهما : نعم ، لأنه إن صدق فالمنكر ظالم له وهذا ماله بالولاء ، وإن كذب فهو مقر بإعتاق جميعه ، فجميع المال له بالولاء .

والثاني : لا لاختلاف الجهة . انتهى .

والأصح على ما قاله في «الروضة» هو الوجه الأول .

قوله : الثاني عن نصه في «الأم» أن العبد المشترك إذا أعطى أحد مالكيه خمسين ديناراً ليعتق نصيبه منه فأعتقه ، يرجع الشرك على عليه بنصف الخمسين ، وبنصف قيمة العبد ويرجع العتق على العبد بخمسة وعشرين .

قال ابن الصباغ : وينبغى أن يكون هذا كله في ما إذا لم تقع على العين ، وإنما سمي خمسين ثم دفعها عنها ، وإلا فإذا وقع العتق على العين يجب أن يكون الرجوع بقيمة ما أعتق بالعوض المستحق ، قال [الإمام]^(١) : ويحتمل أن يريد ما إذا كانت قيمة العبد خمسين فيستوى العوض والقيمة .

ولو كان العتق قد قال : إن سلمت لي هذه الخمسين فأنت حر ، لم يعتق لأنها لم تسلم له . انتهى كلامه .

(١) سقط من ب .

وقد أسقط النبوي هذا الفرع جميعه فلم يذكره في «الروضة» .

قوله في «الروضة» : الثالث : لو أعتق شركاً له في جارية حبلى وهو موسر ولم تقوم عليه حتى ولدت عتق معها ولدها تفريعاً على السراية في الحال، فأما إذا أخرناها إلى الأداء فنص أنه ينبغي أن لا يعتق الولد معها لأنه إنما يعتق بعترتها إذا كان حاملاً فأما بعد الولادة فلا .

قال القاضي أبو حامد : معناه أن نصيب الذي يعتق من الولد مملوك، فأما نصيب المعتق فيجب أي يعتق .

وقال ابن الصباغ : عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد لم يعتق بدفع نصف قيمة الأم ، وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق وهو موسر ، فيجب أن يسري ، قلت : هذا الذي قاله ابن الصباغ متبعن والله أعلم .

فيه أمران :

أحدهما : أن تعبيره بقوله معناه أن نصيب الذي يعتق إلى آخره ، وقع كذلك في «الروضة» التي هي بخط المصنف وصوابه لم يعتق أي بإثبات لم كما في مثله في الذي بعده بقليل وبه صرح الرافعي .

الأمر الثاني : وهو تفريع على الصواب المذكور في الرافعي وهو إثبات لم أي تفسير أبي حامد لكلام ، الشافعي حاصله أن الذي لم يصدر منه إعتاق يستمر نصبه من الولد مملوكاً ولا يعتق بالكلية ويكون العتق خاصاً بنصيب المباشر، ورده ، ابن الصباغ ، فقال مالك النصف قد أعتق نصبيه من الحمل وهو موسر ، فيجب أن يسري .

قال : ومراد الشافعي أن نصيب الشريك من الحمل لا يعتق بدفع نصف قيمة الأم وعترتها قال : لأنها لا يتبعها بعد الوضع ، هكذا علله

صاحب «الشامل» .

قوله : الرابع : وكل أحد الشركين الآخر في عتق نصيبيه، فقال الوكيل للعبد : أعتقدت نصفك فإن قال أردت نصيبي قوم عليه نصيب شريكه، وإن قال أردت نصيب شريكي قوم على الشريك وإن أطلق فيعتق عن الموكلي لأنه اعتق بعد أمره أو عن الوكيل لأن إعانته عن نفسه مستغنى عن النية ؟ فيه وجهان في «الشامل» . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن النووي قد رجح في «الروضة» من «زوائد» الثاني ، فقال : لعل الأصح حمله على نصيب الوكيل وما رجحه بحثاً قد جزم به الغزالي في الخلع ولو قيل بالتخمير كما في التخيير بين العبدتين لكان متوجهًا .

الأمر الثاني : أن تعليل الوجه الثاني يقتضي الجزم باشتراط النية من الوكيل إذا أعتق عن موكله ، وقد سبق في أواخر تعليق الطلاق في آخر الفصل المنقول عن أبي العباس الروياني ما قد يشكل على هذا ، فقال : والوکیل بالطلاق إذا طلق لا يحتاج إلى نیة إيقاع [الطلاق] ^(١) عن موکله في الأصح ، هذا لفظه ، وإنما احتاج في مسألتنا هذه وهي مسألة العتق إلى النية لتردد تصرفه بين أمرتين أحدهما بطريق الأصالة فلم يتصرف عن الأصل إلى العارض إلا بالنسبة ، كما لو كان وكيلًا في شراء شيء فاشتراه ، فإنه لا ينصرف عنه إلى موكله إلا بالنسبة ، فوكيل الطلاق نظير الوكيل بالبيع ولم يشرطوا فيه النية ، إلا أنه لابد من جريان خلاف الطلاق فيه .

وإذا علمت ذلك تعين تخصيص الكلام المذكور في الطلاق بما إذا لم

(١) سقط من أ .

يعارض تصرف الوكالة تصرفاً آخر بطريق الأصالة، كما لو وكله شريكه في بيع نصيه فأطلق بيع النصف .

الأمر الثالث : أن هذا الذي نشأ عنه هذا الكلام كله، وهو ما اقتضاه تعليل الوجه الثاني من اشتراط نية الوكيل قد حذفه النووي فلم يذكره في «الروضة» بالكلية .

قوله : ولو وهب للصبي بعض من يعتق عليه أو أوصى له به فإن كان الصبي معسراً قبله [١) الولي لأنه لا سرامة حتى يتضرر بها .
ولا نفقة ، وإن كان موسراً فيه قوله :

أظهرهما : لا يقبل ويعتق عليه البعض ولا يسري . انتهى .

تابعه في «الروضة» على تصحيح امتناع القبول ثم خالف في «تصحيح التنبيه» فصحح لزوم القبول .

قوله : وإذا ملك قريبه في مرض موته يأثر فهل يعتق من رأس المال أو من الثالث ؟ فيه وجهان .

أصحهما : الأول . إلى آخره . انتهى .

هذه المسألة سبق الكلام عليها في الركن الرابع من أركان الوصية وسبق أن الأصح في «المحرر» والمنهاج» هو الثاني .

قوله : وكذلك لو أوصى لإنسان بابنه فمات قبل قبول الشهبة وقبلها أخوه عتق الشخص على الميت وسري إلى الباقى إن وفي به الثالث، ونزل قبول الوارث منزلة قبوله في حياته . انتهى .

وتعبيره بقوله بابنه مع قوله عتق الشخص غير صحيح ، وصوابه : بعض ابنه ، وكأنه كان هكذا في الأصل ولكن سقط .

(١) بداية سقط كبير من أ .

وقد وقع في «الروضة» على الصواب .

قوله : ولو وهب لعبد بعض من يعتق على سيده فقبل وقلنا : يصح قبوله بغير إذن سيده عن الموهوب على السيد وسرى ، لأن قبول العبد كقبوله شرعاً . انتهى .

هذه المسألة قد وقع فيها اضطراب وسنقف عليه إن شاء الله تعالى في الكتابة .

والصواب : هو السراية لما ذكره .

ولهذا صححوا أن السيد يحلف على البت حيث حلف على نفي فعل عبده .

وعللواه بأن فعله كفعله .

قوله في «الروضة» : فإذا أعتق المريض عبداً لا مال له سواه لم يعتق إلا ثلثه .

وإن مات هذا العبد بعد موت السيد مات حراً ثلثه .

وإن مات قبل موت السيد فهل يموت كله رقيقاً أم كله حراً ؟ أم ثلثه حراً وباقيه رقيقاً ؟ فيه أوجه :

أصحها عند الصيدلاني : الأول . وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي فرضيه وحمده عليه . لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه .

ولم يحصل لهم هنا شيء .

وتشير فائدة الخلاف في شيئاً :

أحدهما : إذا وهب في مرض الموت عبداً لا يملك غيره وأقبره ومات العبد قبل موت السيد .

فإن قلنا في مسألة العتق : يموت رقيقاً فما هنا يموت على ملك الواهب

وعليه مؤنة تجهيزه .

وإن قلنا : يموت حراً ، فما هنا يموت على ملك الموهوب منه وعليه المؤنة .

وإن قلنا بالوجه الثالث : وزعت المؤنة عليهم . انتهى .

وما نقله هنا من ترجيح مؤنته على أن الرق قد تقدم ما يخالفه في كتاب الوصية قبيل باب الزوج . وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه .
قوله : لأن الهبة ليست مضمونة والإتلاف مضمون . إلى آخره .

واعلم أن هذه المسألة وهي كون الهبة الفاسدة هل تقتضي الضمان أم لا ؟ قد ذكرها الرافعى في مواضع من هذا الكتاب واختلف فيها كلامه وكذلك كلام «الروضة» اختلافاً عجيباً ، وقد تقدم بسطه في آخر الهبة فراجعه .

قوله : ولو قال أعتقدت ثلث كل واحد منكم أو أثلاث هؤلاء أحرار .
فوجهان :

أحدهما : أن لا يقرع بينهم بل يعتق من كل واحد ثلثه لتصريحة
بالتبغىض .

وأصحهما على ما ذكر في «التهذيب» : أنه يوزع . انتهى .

والصحيح ما ذكره البغوي فقد قال الرافعى في «الشرح الصغير»
والنورى في «الروضة» : إنه الأصح .

قوله : ولو قال لأمته الحامل في مرض موته أنت حرّة أو ما في بطنك ولم
يتفق تعين وولدت بعد موت المعتق لأقل من ستة أشهر فهل يحسب على
الوارث ؟

قال البغوي : إن قلنا : إن الحمل يعرف حسب وإلا فلا .

وأطلق الصيدلاني فيه وجهين . انتهى .

والراجح : الأول . فقد جزم به أيضاً الماوردي والروياني .

قوله : ولو أعتق عبيداً لا مال له غيرهم وعليه دين . فقال الوارث : اقض الدين من موضع آخر وأنفذ العتق في الجميع . فهل ينفذ العتق في وجهان . انتهى .

والصحيح هو النفوذ . كذا جزم به الرافعي بعد هذا بنحو صفحة ولم يفطن له في «الروضة» ..

لكنه رجح بحثاً ما يوافق هذا فقال : ينبغي أن يكون الأصح هو النفوذ .

قوله : إذا قال لأمهه : أول ولد تلدينه فهو حر .

فولدت ميتاً ثم حياً لم يعتق الحي لأن اليمين قد انحلت بولادة الميت .

زاد في «الروضة» على هذا فقال : قلن : إن كانت حاملاً حال التعليق صح قطعاً وكذا إن كانت حائلاً في الأظهر أو الأصح كما لو أوصى بما ستحمل .

والثاني : لا لأنه تعليق قبل الملك . انتهى كلامه .

وهذه الزيادة قد ذكرها الرافعي في باب تعليق الطلاق .

قوله : ولو قال لعبدة : أنت حر كيف شئت [١] .

قال أبو حنيفة : يعتق في الحال ، وقال أصحابه : لا يعتق حتى يشاء .

قال ابن الصباغ : وهو الأشباه . انتهى .

هذه المسألة فيها خلاف عندنا ذكره الرافعي مبسوطاً في تعليق الطلاق في الفصل المعقود للتعليق بالمشيئة مع زيادة أخرى متعلقة بالمسألة لابد من

(١) نهاية السقط من أ .

معرفتها فراجعه .

قوله : وذكرنا في الرهن وجهين في أن تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن، أو الجنابة إلى آخره .

اعلم أن الراجح هناك أن الخلاف قوله لا وجهان ، وقد ذكرت لفظه هناك .

قوله : الحال الثاني : إذا قال أحدهم حر ولم ينوه بتعيينه ويوقف عنهم ، ثم قال وإذا قال عينت هذا بل هذا عتق الأول وكفى قوله الثاني . لأن العتق حصل في الأول بخلاف قوله عينت هذا بل هذا لأنه اختيار . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في أول هذا الكلام ظاهره تحريم وطء الأمتين ، لكنه ذكر في نظيره من الطلاق أنا إن جعلناه تعيناً لم يحرم وإلا حرم ، وحيثئذ فيكون الأكثرون على الإياغة هنا لأن الأكثرين على ما نقله في هذا الباب أنه يكون تعيناً ، فاعلم ذلك .

الأمر الثاني : أنك قد علمت أن الرافعي قد ذكر هنا لفظ عينت مرتين ، فالأول بباء ثم نون والثانية بالعكس ، ولما اختصره في «الروضة» عبر بلفظ نويت مرتين كذا رأيته بخطه كما هو في النسخ أيضاً وهو سهو .

قوله : ثم العتق في المبهم هل يحصل عند التعيين أم يتبيّن حصوله من وقت اللفظ المبهم ؟ وجهان سبق نظيرهما في الطلاق ، وخرج على الخلاف أنه لو مات أحدهم فعينه فهل يصح ؟

إن قلنا يحصل العتق عند التعيين فلا لأن الميت لا يقبل العتق . انتهى كلامه .

وما ذكره من بطلان التعيين في الميت تفريعاً على الواقع بالتعيين ، قد

خالفة في نظيره من الطلاق ، فإنه جزم بالوقوع في حياة الميت وحکى وجهين في أنه يقع قبيل الموت أو عند الإيقاع للضرورة ويرتفع الخلاف .

وقد سبق ذكر عبارته في موضعها ، وهو باب الشك في الطلاق فراجعها .

والمسألتان على حد سواء .

قوله : وقتل السيد أحدهم ليس بتعيين ثم إن عين في غير المقتول لم يلزم إلا الكفارة ، وإن عين في المقتول لم يجب القصاص للشبهة ، وأما المال فإن قلنا العتق يحصل عند التعين لم يجب وإن قلنا عند الإبهام لزمه الديمة لورثته وإن قتل أجنبي أحدهم فلا قصاص إن كان القاتل حرأ ، ثم إن عين في غير المقصوص لزمه القيمة ، وإن عين فيه وقلنا العتق يحصل عند التعين فكذلك ، كما لو نذر إعتاق عبد بعينه فقتل ، وإن قلنا عند الإبهام لزمه الديمة لورثة المقتول . انتهى كلامه .

وهذا البناء المذكور في المبهم قد تابعه عليه في «الروضة» وهو غلط ، فقد تقدم قبل هذا بأسطر وذكر أيضاً في المسألة السابقة أنه إذا مات أحدهم لم يصح تعينه إن قلنا بحصول العتق عند التعين ، وعلله بأن الميت لا يقبل العتق وحيثئذ فتعين المقتول في مسألتنا إنما يصح على القول بالوقوع من حين اللفظ خاصة ، ثم إن قياس ما ذكرناه في المقتول أن يطرد في كل موضع يزيل الملك كالبيع والإعتاق ونحوه ، على خلاف ما ذكره أيضاً .

قوله : ولو قال أول عبد رأيته من عبيدي حر ، فرأي أحدهم ميتاً انحل اليمين ، فإذا رأى بعده حياً لا يعتق . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره هنا وتبعه عليه في «الروضة» من كون الرق يبقى بعد الموت حتى يصدق عليه أنه عبد له يترب عليه ما يترب على غيره من الأحياء في هذه المسألة يخالف ما ذكره الرافعي في آخر الباب الثاني من

كتاب الأيمان في الكلام على تكفير العبد من كون الرق يزول بالموت ، وتبعه أيضاً عليه في «الروضة» أيضاً فقال : ولأن الرق لا يبقى بعد الموت فهو والحر سواء هذا لفظه ، ولا أثر هنا للصدق الجاري بدليل ما لو رأى عتبة من عتقائه .

قوله في «الروضة» : الخامسة لو قال لعبدية أعتقدت أحدكم على ألف ، وأحدكم حر على ألف ، لم يعتق واحد منهمما مالم يقبلإلى آخر المسألة .

ذكر الرافعي في آخرها كلاماً يعلم منه أنه لا فرق في القول بين أن يقصد واحداً معيناً أم لا فإنه ذكره بحثاً قال و يمكن أن يقال إن لم يقصد إلى آخره .

قوله : أيضاً في «الروضة» : السادسة : جارية مشتركة زوجها الشريكان بابن أحدهما ، فأدت منه بولد يعتق نصفه على الجد ، ولا يسري إلى النصف الآخر إذا لم يعتق عليه باختياره . انتهى .

حکی ، الرافعی هذا وجھاً أن هذا النصف انعقد حراً لا رقیقاً ، ثم يعتق ، وحکی عن الغزالی أنه توسط فقال هنا : وفي ما إذا اشتري قریبیه أنه يندفع الملك عنه بموجب العتق ، ولا يقول أنه حصل ثم انقطع لمصادقته له ، والذي اختاره الغزالی هو رأي الأستاذ أبي إسحاق .

قوله فيها أيضاً : فرع : مات عن ابن حائز للترکة وهي ثلاثة أ عبد قيمتهم سواء فقال الابن أعتقد أي في مرضه هذا وأشار إلى أحدهم ثم قال بل هذا ، وهذا يعني الأول وآخر معاً ، ثم قال بل أعتقد الثلاثة معاً، قال، ابن الحداد إلى قوله قال الشيخ أبو على ولو كانت قيمتهم مختلفة بأن كانت قيمة الأول والثاني المضموم إليه مائتين والثالث ثلاثة ، فال الأول حر بكل حال لإقراره الأول وهو دون الثالث ، فإن أقر عنا بيته وبين الثاني وخرج سهم العتق للأول عتق من الثاني أيضاً نصفه ، وإن خرج السهم للثاني عتق كله . انتهى كلامه .

وما ذكره في أخر هذا الفصل من كونه لا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى .

نقله الرافعي عن الشيخ أبي علي السننجي خاصة كما هو مقتضى كلام المصنف ، ثم استدرك عليه إستدراكاً صحيحاً متعيناً نقله عن الإمام فقال واعتراض عليه الإمام ، كأن الثاني استحق بالإقرار الثاني أن يقرع بينه وبين الأولين فإن لم تكمل له الحرية في القرعة الأولى فخرج سهم العتق للأول وجب أن تكمل في القرعة الثانية إذا خرج سهم العتق إلا له لأنها قضية الإقرار الثالث ، وكذلك عند استواء القيم إذا لم يعتق بالقرعة الأولى يعتق بالثانية إذا خرج السهم له . هذا لفظه .

قوله : فرع : لو كان له أربع إماء ، ثم قال في آخره ما نصه : واستيعاب الاحتمالات يطول وضابطه أن ينظر في كل قرعة ، فمن بان أنها عتقت بعد وطئها فلها المهر .

ومن بان أنها عتقت بعد وطئها فلا مهر ، ومن بان أنها عتقت بوطئها فيه الوجهان . انتهى .

أهمل في «الروضة» القسم الثاني ، مع أن الحكم متوقف عليه بلا شك ، وكأنه سقط من لفظه بان إلى بان .

قوله : ولو شهد شاهدان أنه أعتق ثلاثة دفعة ، وقال الوارث : أعتق هذين دون ذاك قال ابن الحداد : يقرع بين الثلاثة ، فإن خرج سهم العتق الذي أنكره الوارث عتق ، وتعاد الفرعة لإقرار الوارث بين الآخرين ، فمن خرجت له عتق بإقرار الوارث ، وإن خرجت أولاً لأحد الاثنين اللذين أقر ب ساعتها عتق ورق الآخران . انتهى كلامه .

وما نقله عن ، ابن الحداد ، في أخر هذا الكلام ، من أنا إذا أقرعنا بين الثلاثة . فخرجت القرعة أولاً واحد من الاثنين اللذين أقر الوارث

بإعتاقهما عتق وحده ورق الآخران .

قد نقل الرافعى عن بعض الأصحاب ما يخالفه وحاصله أنا إذا أقرنا بين الثلاث لأجل البينة فخرجت القرعة على واحد من اللذين اعترف الوارث بهما، فلابد من قرعة أخرى بينهما فقط لأجل اعترافه، وسيبيه أن خروج القرعة على واحد منهما عند الاقتصار عليهم أقرب من ذلك عند انضمام الثالث ، وحينئذ فإذا أقرنا بينهما ثانياً، فإن خرجت القرعة على الذي خرج أولاً لم يتعق غيره وإن خرجت للآخر عتقا جميعاً، ولا يشترط في هاتين القرعتين ترتيب .

هذا حاصل كلام الرافعى واقتصر النوى على الأول غريب .

قوله : أوصى بعتق عبد يخرج من الثالث فعلى الوارث إعتاقه فإن امتنع ناب عنه السلطان . انتهى .

تابعه في «الروضة» عليه، ونقله إلى ما قبل هذا بأوراق، لكن محل إعتاق الوارث إنما هو عند تفويض الموصى إليه، وإن لم يفوض إلى أحد عتق السلطان .

قال رحمة الله الخاصة الخامسة

قوله : ومن أعتق عن غيره بغير إذنه وقع العتق عنه، وكان الولاء له دون المعتق عنه خلافاً مالك . انتهى .

وهذا الذي ذكره هنا قد وقع عكسه في «الروضة» فإنه عبر بقوله : وقع العتق عن المعتق عنه وله الولاء دون المعتق ، هذه عبارته ثم قوى ذلك وأكده ، كأن كتب بخطه لفظة صح مرتين مرة هذا هو الصواب ، فإن توهم خلافه فاسد والذي قاله خطأ فاحش ، وقد تقدم في الظهار نقلأً عن البغوي ، من غير مخالفة له أنه لو قال اعتق عبدك عنى على ألف فقال أعتقه عنك مجاناً عتق عن المعتق دون المستدعى ، هذا كلامه .

ومسألتنا أولى منها بذلك ، نعم ذهب بعضهم في مسألتنا إلى أنه لا يعتق عن نفسه أيضاً كما لا يقع عن الغير ، حكاه البغوي قبيل باب كتابة الكفار .

قوله : ولو أعتقه على أن يكون سائبة لغى الشرط وثبت له الولاء . انتهى .

قال الجوهري : كان الرجل إذا قال لعبده أنت سائبة فقد عتق ولا يكون ولاؤه لمعتقه ويعطى ماله لمن يشاء .

قوله : وإن كان الأب رقيقاً والأم معتقة فولاء الولد لمعتقها ، فلو أعتق الأب انحر الولاء إلى معتقه ، وكذا الجد عند عدم الأب فلو أعتق الجد والأب رقيقاً فوجهان :

أظهرهما : أنه ينجر إليه ، فإن قلنا : لا ينجر فمات الأب . فهل ينجر إليه ، أي إلى معتق الجد بالعتق السابق ؟ فيه وجهان . انتهى .

لم يصحح شيئاً في «الشرح الصغير» أيضاً، وقال في «الروضة» من «زوائده» أن الانجرار أقوى.

قوله في المسألة : فلو اشتري هذا الولد أباه ثبت له الولاء عليه، وعلى إخوته وأخواته الذين هم أولاده ، وهل يجر ولاء نفسه من موالى الأم ؟ فيه وجهان :

أصحهما وهو المقصود : لا بل يبقى ولاؤه لموالى الأم لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء . انتهى .

ذكر مثله في «الشرح الصغير» ، وصحح في «المحرر» أنه يجر . فقال : وهل يجر الولاء إلى نفسه حتى يزول عنه الولاء ؟ [أو لا يجر ويبقى عليه الولاء لموالى الأم ؟ فيه وجهان : أصحهما : الأول [١١) هذا لفظه وهو اختلاف عجيب لتعبيره بالأصل في الموضعين ، والظاهر أنه سها عن الثاني إلى الأول ، وقد صحيحة في «المنهج» ما صحيحة في «الروضة» .

قوله

في «الروضة» : ولو خلق إنسان حراً من حرين وكان في أجداده رقيق، ويتصور ذلك في لکاح الغرور، وفي الوطء بالشبهة إذا عتقد أم أمه ثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم فإذا أعتقد أبو أمه بعد ذلك انجر الولاء إلى مولاه، فإذا أعتقدت أم الأب بعد ذلك انجر الولاء من مولى أبي الأم إلى مولى أم الأب ، فإذا أعتقد أبو أبيه بعد ذلك انجر الولاء إلى مولاه . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله ، وكان في أجداده رقيق ويتصور ذلك في نکاح الغرور ووطء الشبهة إلى آخره كلام عجيب، فإن الحر الذي في أجداده رقيق لا يتوقف تصويره على ما ذكره من الغرور أو الشبهة ، سواء كان ذلك الرقيق من جهة الأب أو الأم ، فإن وجوده من النکاح الصحيح واضح جلي

فتأنمه .

وكلام الرافعي رحمة الله صحيح ، فإنه فرض المسألة فيما إذا كانت أجداده أرقاء فلذلك احتاج إلى تصويره فإنه عبر بقوله والذي خلق حراً من أبوين حرين ، إذا كانت أجداده أرقاء ويتصور ذلك إلى آخره . فحرفه ، النووي إلى ما يراه وهو عجيب .

قوله : ويتعلق بالولاء ثلاثة أحكام الميراث وولاية التزويج، وتحمل العقد. انتهى .

ويرد عليه التقديم في غسل الميت والصلاحة عليه ودفنه ، واقتصر في «الروضة» على إيراد الدفن ، فقال : قلت : ورابع وهو التقديم في صلاة الجنازة ، والله أعلم .

والذي ذكره غريب .

قوله : ولو اشتري أخ وأخت أباهما فعتق عليهما ، ثم أعتق عبداً ، ومات العتيق ولم يخلف إلا البنت ، فلها ثلاثة أرباع الميراث ، النصف لأنها معتقة نصف المعتق ، ونصف الباقي لولاء السرابة على معتق الأخ بإعتاقها نصف أبيه فهي معتقة نصف إلى معتقه . انتهى كلامه .

وتعييره في آخره بقوله فهي معتقة إلى آخره ، تعير غير مستقيم فتأمله وقد تابعه عليه في «الروضة» .

قال رحمة الله ونختم الكتاب بفصل يشمل على فروع [من الولاء] (١) وغيره .

قوله : نقلأً عن «فتاوي القفال» وإذا اشتري المكاتب بعض أبيه ، يعتق بعتقه كما يكاتب عليه ما دام مكتاباً ، فإذا عتق فلا يقوم عليه الباقي لأنه يقصد بأداء النجوم عتق نفسه ، وعتق الأب يحصل تبعاً .

(١) سقط من أ .

وقال في الأخيرة : الصواب : أنه لا يقوم عليه لأنه لم يعتق عنه .

إذا علمت ذلك فالذي ذكره النووي في الأول واضح لأن لفظي حر ، وقيل في هذا في الكلام خبران عن أنت وليس أحدهما مرتبطاً بالأخر . وأما المسألة الثانية : فالصواب فيها مقالة ثالثة ، وهي عتق الأول دون الثاني ، ووجهه ما ذكرناه من كونها خبرين مستقلين .

وسكط عما إذا قال أنت تعلم أن العبد الذي في يدي حر .

وهذه المسألة قد ذكر نحوها في باب تعليق الطلاق في الفصل المنقول عن أبي العباس الروياني فراجعه وتأمل ما بينهما .

قوله في «الروضة» : عطفاً على الفروع المحكية عن والد الروياني وغيره ؛ وأنه لو وكل وكيلًا في عتق عبد فأعتقد الوكيل نصفه فهل يعتق نصفه فقط أم يعتق ويسري إلى باقيه أم لا يعتق منه شيء لمخالفته ؟ فيه أوجه : أصحها : الأول . انتهى .

واعلم أن الرافعى لم يصحح في نفوذ العتق في النصف شيئاً بالكلية ، ولا نقله عن أحد ، وإنما حکى وجهين من غير ترجيح ، ثم فرع على الوجه القائل بالنفوذ في النصف الذي أعتقد الوكيل ، فحکى وجهين في أنه هل يسري أم لا ؟ ، وحکى أن الراجح عدم السراية كما ذكر في «الروضة» .

ثم إنه قد سبق في «الروضة» في آخر الخصيصة الأولى في المسألة الثالثة عشرة أنه إذا وكل شريكه في عتق نصيبه ، وأعتقد الشريك النصف الموكل فيه ، سرى إلى نصيب الوكيل فإذا حكم بالسراية إلى ملك الغير بسبب العتق الصادر من وكيله ، فلأن يسري بسبب ذلك إلى ملك نفسه بطريق الأولى فكيف يستقيم الجمع بينهما ؟ .

كتاب التدبير

قوله : روي عن جابر بن عبد الله أن رجلاً دبر غلاماً له ليس له مال غيره ، فقال النبي ﷺ : « من يشتريه فاشتراه ؟ » نعيم بن النحاش (١) - بضم النون مصغراً - والنحاش : بنون ثم حاء مهملة مشددة ، يقال : نحشم الرجل ، بفتح الحاء ينحش بكسرها نحيمًا ، فهو نحاش ، والاسم النحاشة بفتح النون ، وهي السعلة بفتح السين ، وقيل النحنة الملودة آخرها .

إذا علمت ذلك فاعلم أن النحاش وصف لنعيم لا لأبيه ، وإنما وصف به للحديث المشهور أن النبي ﷺ قال : « دخلت الجنة فسمعت نحمة نعيم فيها » (٢) ، وما وقع في الرافعي من جعله صفة لأبيه عبد الله ، وقع أيضاً في بعض كتب الحديث والفقه ، وهو غلط كما نبه عليه النووي في « تهذيب الأسماء واللغات » ونعيم هذا قرشي من بني عدي بن كلب أسلم قديماً قبل إسلام عمر فقيل أسلم بعد عشرة أيام ، وقيل بعد ثمانية وثلاثين ، وكان يكتم إسلامه وأراد أن يهاجر فمنعه قومه بني عدي لأنه كان ينفق على أراملهم وأيتامهم ، وقالوا : أقم عندنا على أي دين شئت ، فوالله لا يتعرض إليك أحد إلا ذهبت أنفسنا دونك ثم هاجر عام الحديبية ومعه أربعون من أهل بيته ، وشهد ما بعدها من المشاهد إلى أن استشهد يوم اليرموك في خلافة عمر سنة خمس عشرة ، وقيل : يوم أجنادين سنة ثلاثة عشرة في خلافة أبي بكر .

قوله : ولو قال : إذا مت ودخلت الدار - بالواو - فأنت حر ، قال في « تهذيب » : يشترط الدخول بعد الموت إلا أن يريد الدخول قبله . انتهى .

(١) أخرجه البخاري (٦٣٣٨) ومسلم (٩٩٧) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه ابن سعد في « الطبقات » (٤ / ١٣٨) عن أبي بكر العدوبي مرسلاً .

وما نقله هنا عن البغوي من اشتراط الإتيان على مقتضى اللفظ قد خالفه في باب تعليق الطلاق في الطريق المعقود لأنواع من التعليقات فجزم بأنه لا فرق بين أن يتقدم الأول أم يتأخر ، ثم قال : وأشار في «اللتمة» إلى وجه في اشتراط تقديم الأول تفريعاً على أن الواو تقتضي الترتيب .

وذكر عن البغوي قبيل الخلع فرعاً موافقاً لما نقله عنه هنا .

قوله : قال في «الأم» : لو قالا لعبدهما : أنت حبس على آخرنا موتاً ، فإذا مات عتقت فهو كما لو قالا إذا متنا فأنت حر ، إلا أن هناك المنفعة بين الموتى تكون لورثة الأول ، وهاهنا هي للأخر ، وكذا الكسب وكأن أولهما موتاً أوصى بهما لآخرهما موتاً . انتهى كلامه .

وهو مشكل لأن الحبس من صرائح الوقف وهو هاهنا باطل لجهالة الموقوف عليه ، ولأن الوقف فيه متعدد بين نفسه وبين صاحبه ولا دلالة فيه على الوصية ، فكيف يكون وصية .

قوله : ولو قال إذا مت فأنت حر إن شئت [أو إذا شئت ، أو قال : أنت حر إذا مت إن شئت]^(١) فإن أراد المشيئة في حال الحياة أو بعد الموت عمل بمقتضى إرادته ، وإن أطلق فثلاثة أوجه : أحدها : حمله على المشيئة في الحياة .

والثاني : بعد الموت ، وبه أجاب الأثثرون وشرطوا فيها الفور .

ثم قال : وليجز هذا الخلاف فيسائر التعليقات مثل أن يقول إذا دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلا أنا . انتهى كلامه .

وحاصله : [أن الصحيح]^(٢) في إدخال الشرط على الشرط اشتراط

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

ترتيبهما في الوقع على وفق ما يلفظ بهما المتكلم ، وقد سبق في باب تعليق الطلاق ما يخالفه ، فإنه صحيح اشتراط تقدم المتأخر في اللفظ على المتقدم فيه حتى يتشرط تقدم المشيئة .

والكلام في المثالين السابقين ، وقد سبق ذكر لفظه في موضعه فراجعه ، فإنه اختلاف عجيب أوضحته مع ما يتعلق به من علم العربية فإن الرجوع فيها إليهم أولى .

وحكى الماوردي والروياني وجهاً آخر عن البغداديين : أنه يعتقد بما وقع منه سواء كان في الحياة أو بعد الموت لكنه إن شاء قبله كان تدبرًا ، وإن شاء بعده كان عتقاً بصفة ، وكلام الرافعي هنا يشعر بنفيه .

قوله في التعليق على رؤية العين : ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لا يراد به جميع معانيه ، ولا يحمل عند الإطلاق على جميعها ويمكن أن يؤمر المعلم بتعيين أحدهما . انتهى كلامه .

والكلام عليه يتوقف على مقدمة وهي الفرق بين الموضع والاستعمال والحمل فالوضع هو جعل اللفظ دليلاً على المعنى [والاستعمال إطلاق اللفظ وإرادة المعنى]^(١) والحمل اعتقاد السامع مراد المتكلم ، فال الأول من صفات واضح اللغة .

والثاني : من صفات المتكلم .

والثالث : من صفات السامع وقد ذكرت ذلك مبسوطاً في « شرح منهاج الأصول » فليراجع .

إذا علمت ذلك ففيه أمران :

أحدهما : أن كلام الرافعي قد اشتمل على منع الاستعمال ومنع الحمل ،

(١) سقط من أ .

وظن الشيخ محبي الدين عدم المغایرة فجعل الأولى في الحمل أيضًا فقال في «اختصاره» لـ«لكلام الرافعي» : ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لا يحمله على جميع معانيه ولا يحمله عند الإطلاق على كلها هذا وهو معدور ، فقد التبس الفرق بينهما على غيره من له قدم راسخ في هذا العلم ، غير أنه لا يعذر من وجه آخر ، وهو لزوم التكرار الواضح المتصل .

الأمر الثاني : أن الأصح في الوقف على المولى أنه يقسم بين المولى من أعلى والمولى من أسفل ، وهي من فروع استعمال المشترك وذلك مخالف للمذكور هنا .

قوله : ولا يجوز الرجوع عن التدبير بالقول في أصح القولين ، ثم قال : ولا في خلاف في أنه إذا ضم إلى الموت صفة أخرى ، فقال إذا مت فدخلت الدار ، ولبست فأنت حر لا يجوز الرجوع بالقول ، وإنما القولان في التدبير . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف قد تابعه عليه في «الروضة» ، [وليس كذلك فقد تقدم في أوائل هذا الباب]^(١) عن الصيدلاني أن ذلك من التدبير ، وأن الأكثرين خالفوه وحيثند فيأتي الخلاف على ما قاله الصيدلاني .

قوله في «الروضة» : فرع : إذا وهب المدبر لم يكن رجوعًا على الصحيح ثم قال وإن اتصل بها القبض ، فإن قلنا : يملك بالقبض انقطع التدبير وإذا قلنا يتبعن الملك من حين الهبة قال الإمام : ففي انقطاع التدبير من حين الهبة تردد . انتهى .

لم يبين - رحمه الله - أن انقطاع التدبير على القول بتمليكه بالقبض هل يكون أيضًا بالقبض أو بالهبة [بل كلامه يوهم أنه بالهبة]^(٢) وقد صرخ

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الرافعي بأنه على هذا القول يحصل بالقبض .

قوله أيضاً في «الروضة» : ولو كاتب المدبر كان رجوعاً إن جعلنا التدبير وصية ، وإن جعلناه تعليقاً فلا ، ثم قال : وخرج الإمام على هذا الخلاف ما لو علق عنته بصفة ، وقطع البغوي بأنه لا يكون رجوعاً ، ثم إن وجدت الصفة قبل الموت عتق بها ، وإن مات قبلها عتق بالتدبير . انتهى . كلامه .

واعلم أن الرافعي قد نقل عن جماعة تفصيلاً نسبوه إلى نصه في «الأم» أيضاً وهو أن الصفة إن كانت في الحياة لم يكن رجوعاً ، وإن كانت بعد الموت كقوله إن دخلت الدار بعد موتي ، أو أذنت إلى ورثي بعد موتي كذا كان رجوعاً ، ثم نقل أن الصحيح هو التخريج على الخلاف ، وإن كانت الصفة بعد الموت حتى لا يكون رجوعاً .

وإذا مات عتق بالتدبير .

إذا علمت ذلك علمت أن النwoي قد أخل بشئين :

أحدهما : هذا التفصيل .

والثاني : بتصحيح طريقة الإمام في هذا القسم من التعليقات ، وهو الواقع بعد الموت .

قوله : ولو دبر مكتاباً صحيحاً ، ويكون مدبراً مكتاباً ، وكذا لو عكس أي دبر ثم كاتب ، فإن التدبير يبقى أيضاً في الأصح .

فإن مات السيد قبل الأداء والتعجبز عتق بالتدبير إن احتمله الثالث ، وإن لم يحتمله الثالث عتق قدر الثالث وتقبل الكتابة في الباقي ، فإذا أدى قسطها عتق . انتهى .

سيأتي بعد هذا بقليل أنه إذا دبر عبداً وباقى ماله غائب لا يعتق العبد

بموته لاحتمال تلف المال وفي ثلثه وجهان أصحهما : أنه لا يعتق أيضًا لأن في تنحیز العتق تنفيذًا للتبرع قبل تسلط الورثة على التکفین انتهى .

وقياس هذا أن لا ينجز العتق في شيء من المکاتب ، لأن الورثة لم يصل إليهم مثلاه لأنهم لا يقدرون على التصرف في الباقي ، والنجوم قد تكون مؤجلة إلى مدة طويلة فالمذکور إنما يجيء على الوجه الضعيف .

قوله : وإذا صححتنا تدبير المکاتب فمات السيد قبل الأداء وأعتقه بالتدبير ، فقال الشيخ أبو حامد : تبطل الكتابة .

قال ابن الصباغ : وعندی أنه يتبعه ولده وكسبه كما لو أعتق السيد مكانته قبل الأداء .

قال : ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحکامه . انتهى
كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره الشيخ أبو حامد هو ما جزم به في « النتبیه » لكن الصحيح ما قاله ابن الصباغ ، فقد جزم به صاحب « البحر » وأول التأویل الذي أبداه ابن الصباغ .

وذكر الرافعي المسألة في آخر الحكم الرابع من أحکام المکاتب ، فإنه صحق فيما إذا وطيء مکاتبته فحبلت منه ، ثم مات قبل الأداء أنها تعتق عن الكتابة لا عن الاستیلاد حتى يتبعها أولادها وأکسابهم ثم قال وأجرى هذا الخلاف في تعلیق عتق المکاتب بصفة .

وقد علمت أن الراجح في التدبير أنه تعلیق عتق بصفة ، بل لو لم يذكر ذلك لکفانا تصحیحه في أم الولد ، لأن الاستیلاد مع قوته إذا لم يبطل الكتابة ، فالتدبير الذي هو أضعف بطريق الأولى .

قوله : وهل يكون إنكار التدبير رجوعاً إذا جوزنا الرجوع عنه ، وكذلك إنكار الموكل الوكالة ، والموصي الوصية ؟

فيه ثلاثة أوجه :

ثم قال : والثالث أن الوكالة ترتفع ، فإن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل ، ولا يرتفع التدبير والوصية لأنهما عقدان يتعلقان بهما غرض شخصين ، فلا يجعل إنكار أحدهما دفعاً له ، وهذا أظهر وهو المنصوص عليه في التدبير . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أنه قد جزم بارتفاع التدبير في كتاب الدعاوى على خلاف ما صححه هنا ، وقد تقدم ذكر لفظه في موضعه .

وهو آخر الباب الأول في المسألة الثامنة والمذكور هنا هو الصواب لنص الشافعي عليه .

الأمر الثاني : أن الرافعى في كتاب الوكالة قد نقل عن الغزالى أن أصح الأوجه في إنكار الموكل : أنه إن كان الغرض ، فلا عزل وإلا فيعزل .

واقتضى كلامه موافقة الغزالى عليه وبه صرخ في « الشرح الصغير » فإنه أطلق التصحيح ولم يعزه إليه ، والمذكور هنا وهو تصحيح الانعزال مطلقاً هو المفتى عليه ، فقد قال في « النهاية » هناك : إنه المشهور ، ولم يذكر التفصيل إلا احتمالاً لنفسه فاعلمه .

الأمر الثالث : إن قول الرافعى وهو المنصوص عليه في التدبير يعني أن الشافعى نص على أن إنكار التدبير ليس برجوع ، وتوهم الشيخ محى الدين أن الضمير في قول الرافعى وهو يعود على الوجه المفصل .

فقال في « اختصاره » : وأصحهما وهو المنصوص : ترتفع الوكالة لأن

فائدتها العظمى تتعلق بالموكل ، ولا يرتفع التدبير والوصية لأنهما عقدان يتعلق بهما غرض شخصين ، هذا لفظه .

قوله : وذكر الإمام أنا إن جعلنا الإنكار رجوعاً فلا يبعد أن تسمع الدعوى ، وأن في شهادة الحسبة على التدبير الخلاف المذكور في سمع الدعوى ، ورد شهادة الحسبة أولى . انتهى .

اعلم أن الأصح أن الدعوى بالتدبير خلاف ما قاله الإمام ، كذا تقدم ذكره في الدعاوى وأما شهادة الحسبة عليه أي على التدبير فقد جزم الرافعي في الشهادات بأنها لا تسمع .

قوله في «الروضة» : ولا يثبت التدبير إلا بشهادة رجلين لأنه ليس بمال ، ويثبت الرجوع ب الرجل وامرأتين ، وبشاهد ويبين ، لأنه مال ، وفيه وجه ضعيف أنه يبقى الحرية . انتهى .

وتعبيره في آخر كلامه بقوله أنه يبقى . شاهدته بخطه كذلك ، وصوابه لأنه بلام الجر كما في الرافعي .

قوله : وفي «تعليق إبراهيم المروروذى» : أن الحيلة في عتق الجميع بعد الموت ، وإن لم يكن له مال سواه أن يقول هذا العبد حر قبل مرض موتي بيوم ، وإن مت فجأة فقبل موتي بيوم ، فإذا مات بعد التعليق بأكثر من يوم عتق من رأس المال ولا سبيل عليه لأحد ، وإن اقتصر على قوله : أنت حر قبل موتي بيوم أو بشهر ، فإذا مات نظر ، فإن كان في أول اليوم أو الشهر قبل الموت مريضاً اعتبر عتقه من الثالث ، وإن كان صحيحاً فمن رأس المال . انتهى .

واقتصره في نقل هذه الحيلة عن المروروذى قد تابعه عليه أيضاً في «الروضة» وهو غريب ، فقد صرخ بها خلائق لا يحصون منهم القاضي

الحسين والمأوردي والروياني والبغوي في « فتاویه » ، وجزم به الرافعی أيضاً في كتاب الوصیة .

قوله : ولو دبر عبداً وباقی أمواله غائبة لم يعتق ثلاثة لاحتمال تلف المال .

وكذا ثلاثة الآخر أظهر الوجهين عند الشيخ أبي محمد والبغوي وغيرهما لأن في تنجيز العتق بتقييد التبرع في الثالث قبل تسلیط الورثة على الثلاثين ولو كان له دین في ذمة إنسان ليس له غيره ، فأبرأه عنه أو عن ثلاثة في مرض الموت ، هل تحصل البراءة عن التلف قبل وصول الثلاثين ؟ فيه الخلاف .

والأصح : المنع ، ويجري الخلاف في ما إذا مات عن اثنين ، ولم يترك إلا دیناً على أحدهما هل يبرأ من عليه الدين عن نصيبيه ، وفي ما إذا أوصى بعين تخرج من الثالث ، وباقی ماله غائب هل يسلم الثالث للموصي له ؟ ثم قال بعد ذلك ، وفي المنع في المدبر إشكال لأن الثالث عتيق بكل حال فلا معنى للتوقف والتأخر فيه ، ولا فائدة للوارث في ذلك فإنه من نوع من التصرف في جميع العبد ، فضلاً عن التصرف في الثالث .

وأيضاً ولو لم يعتق الثالث في الحال لبقي الملك فيه ، والمملوك لابد له من مالك ولا يمكن أن يكون ملكاً للميت ، ولو كان ملكاً للوارث لما عتق إلا بإعترافه . انتهى كلامه .

وما ذكره في الدين من عدم البراءة عن الثالث قد صحق في أوائل الرکن الثالث من أركان الكتابة في نظر المسألة ما يخالفه ، وسوف أذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله في المسألة : وفي طريقة الصيدلاني تفريعاً على أنه يعتق من المدبر ثلاثة : أنه لو أعتق الوارث في الثلاثين ولم يحضر المال الغائب قوله لا الثالث له ، فإن حضر فعن ابن سريح أن الجواب كذلك لأنه أعتق وله العتق ، وأن فيه وجهاً آخر أن ولاه الجميع للمورث ، بناء على أن إجازة الورثة تنفيذاً

وابتداء عطية واشتد تكير الإمام على هذا ، وقال : إعتاق الورثة رد للتدبير ، ولا سبيل إلى رده بسبب غيبة المال ، بل الوجه التوقف ، فإن حضر المال بأن يعود العتق في الجميع ، ولكن يستند إلى وقت الموت ، أو عند حصول القدرة ؟ فيه احتمالان : أوجههما الأول .

قال ولو كانت التركة بحيث بقي ثلثها بالمدبر لكن كان عليه دين يستغرق ، فأبدأً مستحق الدين بعد أيام من الموت فيستند العتق إلى وقت الموت ، أو يتتجز من وقت سقوط الدين ؟

فيه احتمالان : والأظهر في هذه الصورة : الثاني . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على نقل هذه عن الإمام تفريعاً على القول الضعيف ، وهو أنه يعتق الثالث وهو عكس ما في [ق : أ] النهاية فإنه فرعها على القول الصحيح وهو عدم النفوذ .

قوله : ولو باع الصحيح محابة وشرط الخيار ثم مرض في مدة الخيار ، ولم ينسخ حتى مات اعتبرت المحابة من الثالث ، لأن الزم العقد في المرض باختياره ، فأشبهه من وهب في الصحة فأقبض في المرض . انتهى .

اعتراض في « الروضة » فقال : إنما يظهر هذا إذا قلنا : الملك في مدة الخيار للبائع ، وترك النسخ عامداً لا ناسياً .

قوله : وإن جنى المدبر فمات السيد قبل البيع و اختيار الفداء ، ففي حصول العتق الخلاف في إعتاق العبد الحاني ، وقد سبق في أول البيع ، وبينما أن الأصح نفوذه من الموسر دون المعسر ، ويشبه أن يقال الميت معسر على ما مر في شراء العتق .

فإن قلنا : ينفذ فدي من ترك السيد بالأقل بلا خلاف لأنه تعذر تسليمه للبيع . انتهى ملخصاً .

فيه أمران :

أحدهما : أنا استفينا من قول الرافعي ويشبهه ترجيح عدم النفوذ في مسألتنا ، وحذفه النووي من « الروضة » فأوهم ترجيح خلافه اعتماداً على الترکة .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من نفي الخلاف والتعليل قد تابعه عليه في « الروضة » وهو مردود فإنهم اختلفوا في أم الولد إذا جنت ، ولم تجوز بيعها هل يفديها سيدها بالأقل أم بالأرش بالغاً ما بلغ ؟ فالعراقيون قطعوا بالأول مستدلين بامتناع البيع ، والروازة أجروا فيها الخلاف .

قوله : وأما إذا أتت المدبرة بولد من نكاح أو زنا فهل يسري التدبير إليه ؟ فيه قولان : أرجحهما عند الإمام وصاحب « التهذيب » : أنه لا يتبع لأنه عقد يقبل الرفع ، فلا يسري إلى الولد كالرهن .

وأظهرهما : على ما ذكره الشیخان أبو حامد والقفال وغيرهما ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد أنه يتبع لأنها تعتق بموت سيدها فيتبعها ولدها كالمستولدة . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه قد اختلف في الأصح من القولين فصحح في « المحرر » أنه لا يتبع . فقبال أصحهما : لا . هذا لفظه ، وصرح في « الشرح الصغير » بترجح الثاني .

فالـ : وأظهرهما عند أكثرهم : السراية ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد هذا لفظه أيضاً ، وكلامه هنا - أعني في « الكبير » - فيه إشعار به أيضاً ، ولهذا صرحا بذلك النووي في « الروضة » فنقله عن الأكثرين ، ثم استدرك عليه فقال بل الأكثرون على أنه لا يتبع ولا يخفى ما عليه فيه .

الأمر الثاني : أن مراده هنا بالسراية إنما هو التبعية ، فقد قال في كتاب العتق في الكلام على السراية إنه إذا أعتق أمته الحامل بمملوك عتق الحمل

أيضاً لا بطريق السراية ، فإن السراية في الأشخاص ، لا في الأشخاص بل بطريق التبع ، كما يتبعها في البيع .

قوله: والمعلق عتها بصفة إذا أنت بولد لا يتبعها ولدها في أصح القولين .
ولا فرق في المعلق عليه بين المحقق كطلوع الشمس ، وبين غيره ، كقدوم زيد ، وقيل القولان في المحقق ، فأما غيره فلا يتبعها الولد فيه بلا خلاف .
انتهى .

وهذا الخلاف الأخير قد أسقطه من « الروضة » فاقتصر على القولين في « أصل المسألة » .

قوله : فأما إذا كانت المدبرة حاملاً عند موت السيد فيعتق معها الحمل بلا خلاف كما لو اعتق أمة حاملاً . انتهى كلامه .

وما ذكره من نفي الخلاف ليس كذلك ، ففيه وجه أن الحمل لا يتبع ، وقد نقله ابن يونس في « التعجيز » وابن الرفعة في « المطلب » .

قوله : ولو كانت المدبرة حاملاً عند التدبير فالمذهب القطع بأن الحمل يكون مدبراً وليس هو بسراية التدبير ، بل اللفظ يتناوله . انتهى .

وما ذكره من تناول اللفظ له قد صرخ بخلافه في كتاب الإقرار في الكلام على أن الإقرار بالطرق لا يكون إقراراً بالمطروق ، فقال : إن لفظ الأم لا يتناول الحمل .

قوله في المسألة في أصل « الروضة » : وإن كان لها زوج ، قد فارقها ، وولدت لدون أربع سنين من وقت الفراق .

فالالأظهر : أنه يجعل موجوداً يوم التدبير كما يجعل موجوداً في ثبوت النسب من الزوج . انتهى كلامه .

لم يصحح الرافعي في المسألة شيئاً وإنما نقله عن البغوي .

كتاب الكتابة

ولها أركان وأحكام ، فالأركان أربعة .

قوله : ذكر الأئمة أن الكتابة مأخوذة من الكتب وهو الضم والجمع ،
يقال : كتبت البغة إذا ضمت بين شُفريها بحلقة أو سير .

ومنه الكتابة لما فيها من ضم بعض المحرف إلى بعض ، والكتيبة لانضمام
بعضهم إلى بعض فسمي هذا العقد كتابة لما ينضم فيه من النجم إلى النجم ،
وقيل : سميت كتابة لأنها توثق بالكتابة . انتهى .

واعلم أن الكتابة والكتاب والكتب مصادر ، كما صرحت به النحاة ،
وكل واحد من المصادر المترادفة ليس مأخوذاً من غيره بلا خلاف ، بل لا
شيء من المصادر مفرع عن غيره على رأي البصريين .

قوله : فإذا قال كاتبتك وعين النجوم فإن قال مع ذلك فإذا أديت فأنت
حر . أو لم يقله ، ولكن نواه صحت وإن لم يوجد التعليق ولا النية ، لم
يصح وفيه قول مخرج . انتهى ملخصاً .

وهذا الخلاف قد ذكره النووي في « تصحيح التنبيه » حالة وجود النية ،
فقال عطفاً على الأصح وأنه إذا قال : كاتبتك ولم يقل فإذا أديت فأنت
حر ، ولكن نواه صحت هذا لفظه ، وهو غلط فاعلمه .

قوله : ولو قال : إن أعطيتني ألفاً أو أديت إلي ألفاً فأنت حر ، فلا يمكن
أن يعطي مال نفسه ، فإنه لا يملك شيئاً فهو كما لو قال لزوجته : إن أعطيتني
ال ألفاً فأنت طالق ، فأنت بألف مغصوب .

وقد ذكرنا في الخلع وجهين في وقوع الطلاق ، والأظهر : أنه لا يقع .

انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن دعوه أنه لا يمكن أن يعطي من مال نفسه وأنه لا يمكنه إلا إعطاء المغصوب حتى لا يعتق ، ليس كذلك فإنه ، قد يتتهي إلى حالة يكون فيها مالكًا مع كونه رقيقاً ، وحيثئذ فيحصل العتق بإعطائه ، وذلك أن يكاتبه السيد وفي الرافعي في الكلام على تعجيل النجوم ، نقاً عن «الشامل» من غير اعتراض عليه أنه إذا قال لمكاتبه إن أعطيتني كذا فأنت حر فأعطيه عتق ، ولكنه عوض فاسد لأن المكاتب لا يصح المعاوضة عليه ، فيعتنق بالصفة وعليه تمام قيمته ، فيحتمل أيضًا التراجع في مسألتنا ، والمتوجه الفرق .

وأيضاً فقد ذكروا أنه إذا علق الطلاق على إعطاء السفيهه أو إبرائها أو التزامها وقع الطلاق رجعياً ، وفرقوا بينه وبين إعطاء المغصوب بأن السفيهه لا تقدر على بذل فصار ذلك قرينة دالة على إرادة مجرد التعلق بخلاف بذل المغصوب من الرشيدة وإذا تقرر هذا ، فنقول بتقدير صحة ما قاله الرافعي من كون العبد لا يقدر على إعطاء شيء مملوك له ، فلا يكون إعطاءه لإعطاء المغصوب من الرشيدة ، بل لإعطاء السفيهه للمعنى الذي قلناه ، وحيثئذ فيحصل العتق بإعطائه .

الأمر الثاني : أن الأصحاب اختلفوا في أن لفظ الأداء هل ينزل منزلة الإعطاء في أحکامه من التسلیک والفوریة أم هو تعليق محض ؟ واختلف كلام الرافعي في هذه المسألة فكلامه هنا جازم بـالحاقة به ، وخالف ذلك في مواضع .

أحدها : في الركن الثاني المعقود للعوض في الشرط الرابع من شروطه فقال : بخلاف ما إذا قال إن أديت إلى هذا فأنت حر ، فإنه إذا أداه عتق

وإن كان مستحقاً لأن ذلك محض تعليق . هذه عبارته .

والموقع الثاني في أوائل الكلام على الكتابة الفاسدة ، فقال ما نصه : قال الأصحاب : تعليق العتق بالصفة على أقسام : أحدها التعليق الحالي عن المعاوضة كقوله إن دخلت الدار أو كلمت فلاناً فأنت حر ، فإن المال ليس مذكوراً على سبيل الأعراض فهذا لازم من الجانين ، فليس للعبد ولا للسيد ولا لهما دفعه بالقول ويبطل بموت السيد .

وإذا وجدت الصفة في حياته عتق وكسب العبد قبل وجود الصفة للسيد ولو أبرأه في صورة التعليق بأداء المال عن المال لم يعتق . ولا تراجع بين السيد وبينه هذا لفظه .

والموقع الثالث في آخر الكلام على الكتابة الفاسدة ، فقال نعم لو قال إن أديت إلي وارثي كذا فأنت حر عتق بالأداء إليهم ، كما لو قال إن دخلت الدار بعد موتي . انتهت .

وقد وقع هذا الاختلاف أيضاً في المسألة المذكورة بالنسبة إلى الخلع وبسبق إيضاحه هناك .

وتبعه في « الروضة » على الاختلاف الواقع في المسألتين .

قوله في المسألة المذكورة : فإن فرعنا على أنه يعتق ، فمن الشيخ أبي علي رواية وجهين في « شرح التلخيص » في أن سبيل هذه المعاملة سبيل الكتابة الفاسدة حتى يرد السيد ما أخذ، ويرجع على العبد بقيمة رقبته . حتى تتبعه الأكساب والأولاد الحاصلة بعد التعليق .

والثاني : أنه ليس لها حكم الكتابة الفاسدة ، وعلى هذا فوجهان : أحدهما : أنه يرجع على العبد بقيمة رقبته كما أنه إذا قال لزوجته : إن أعطيتني ألفاً ، فأعطيته ألفاً مغصوباً ، وقلنا بوقوع الطلاق فإنه يرجع عليها .

والثاني : أنه لا رجوع له ، والذى جرى محض تعليق ويخالف الزوجة فإنها أهل الالتزام وقت المخاطبة ، والعبد ليس أهلاً له .

قال في « الوسيط » : والظاهر أنه لا رجوع للسيد بالقيمة ، وأنه لا يتبعه الكسب والولد . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الترجيح الذي نقله عن الغزالى يعود إلى الوجهين المذكورين أولاً ، فإن تبعية الكسب والولد ، إنما تأتي عليه لا على الثاني ، وفهم النبوي أنها عائد إلى الوجهين المذكورين ثانياً فحكم الخلاف الأول بلا ترجيح ، ونقل الترجيح في الثاني ، ثم إنه لم يعزه إلى الغزالى ، بل أطلق التصحيح .

الأمر الثاني : أن ما رجحه الغزالى هو الصحيح فقد جزم به الرافعى بعد هذا الكلام على الكتابة الفاسدة ، وقد سبق ذكر لفظه في آخر المسألة السابعة .

قوله : وعن القاضي الحسين ذكر وجهين في ما إذا أسلم إلى المكاتب عقب عقد الكتابة . انتهى .

صورة هذه المسألة في السلم الحال . أما المؤجل فيصبح جزماً ، كذا صرخ به إمام الحرمين هنا وهو واضح .

قوله : ولا يجوز أن يكتفى بخدمة شهرين مثلاً على أن تقدر خدمة كل شهر نجماً ، ولو شرطاً صريحاً أن تكون خدمة شهر نجماً وخدمة الشهر بعده نجم آخر فوجهاً :

أصحهما : وهو المنصوص في « الأم » : المنع ، لأن منفعة الشهر الثاني متعدنة والمنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز أن يستشرط كآخرها .

والثاني : يجوز واتصال ابتداء الشهر الثاني بانتهاء الأول تخرجه عن أن

يكون عقداً على المستقبل ، وهذا كالخلاف في إجارة الدار السنة القابلة ، أو هو هو فإن انقطع مبتدأ المدة الثانية عن منقرض الأول كما لو كاتبه على خدمة شهر آخر بعد ذلك الشهر بعشرة أيام مثلاً ، لم يجز بلا خلاف . انتهى كلامه .

وهو متدافع ؛ لأن الصحيح في الإجارة هو الجواز والترجح المذكور أولاً مع التعليل الذي ذكره يقتضي تصحيح المنع فيها .

نعم التجويز في الإجارة يقتضي جعله كالموجود في عقد واحد ، ومقتضاه أن يكون هنا كنجم واحد فيمتنع ، ومن منع فيها نظر إلى أن هذا عقد على زمن مستقبل فمقتضاه المنع هنا أيضاً . فاتجه المنع هنا بكل حال ، وبه يبطل أيضاً البناء .

قوله : في « الروضة » ولو كاتبه على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر ، كقوله ودينار بعد العقد بيوم ، صح على الأصح . انتهى كلامه .

أهمل شيئاً ذكرهما الرافعي :

أحدهما : طريقة قاطعة بالمنع ، نقلها عن ابن القطان .

والثاني : أن المنصوص في « الأم » الجواز ، وهذا الثاني ذكره الرافعي قبل هذا بأسطر .

قوله : وذكر في « التهذيب » أنه لابد من بيان العمل في الخدمة إذا كانت عليها ، وقال ابن الصياغ : يكفي إطلاق الخدمة . انتهى .

لم يرجح [في الروضة] ^(١) أيضاً شيئاً من هذا الخلاف ، والصحيح : الاكتفاء بالإطلاق ، وحمل الأمر فيه على العرف كما سبق إياضاته في آخر الإجارة .

قوله : وإذا مرض العبد وفاقت الخدمة انفسخت الكتابة في قدر الخدمة .

(١) سقط من أ .

وأما الباقي فقيل هو كما لو باع عبدين فتلف أحدهما قبل القبض ، وقيل : يبطل فيه بلا خلاف لأن الكتابة لا تقع على بعض العبد هذا ما حکاه القاضي أبو الطيب . انتهى كلامه .

والصحيح ما ذكره الرافعي بعد هذا بقليل في نظير المسألة : أنه يصح فقال في أوائل الركن الثالث المعقود للسيد : أنه إذا كاتب عبده في مرض الموت اعتبرت كتابته من الثالث ، فإن خرج بعضه فالباقي قن ثم قال : ولا يخرج على الخلاف في ما إذا كاتب أحد الشريكين نصيه من العبد المشترك فإن ذلك ابتداء كتابة ، وهما وردت الكتابة على الجميع ثم دعت الحاجة إلى الإبطال في البعض ، وحکى ابن كج عن بعضهم التخريج على ذلك الخلاف . انتهى كلامه .

[ولكن نص في «الأم» على ما يوافق الطريقة الثانية وهي البطلان]^(١)
فقال إذا انتقضت الكتابة في البعض انتقضت في الكل ، هذه عبارته على ما حکاه البندنيجي عنه .

واعلم أن القاضي أبا الطيب من قطع بالمنع وتعبير الرافعي يقتضي حکایته للطريقين ولو زاد واو العطف مع لفظ الإشارة لاستقام وحذف النووي النقل عن القاضي المذكور .

قوله في «الروضة» : ولو كاتبه على دينار إلى شهر ودينارين إلى شهر على أنه إذا أدى الأول عتق ويؤدي الدينارين بعد العتق .

ففي صحة الكتابة القولان في ما إذا جمعت الصفة عقدتين مختلفتين . انتهى كلامه .

وحاسله تصحيح الصحة ؛ لأنه الصحيح في الجمع بين العقدتين ،

(١) سقط من أ .

وهذا الذي ذكره النووي غريب فإن الرافعي لم يقتصر عليه ، بل ذكر ما يعارضه فإن قال : فعن ابن سريج أن في صحة الكتابة قولين ، وهما عند بعضهم القولان في أن الصفة إذا جمعت [بين عقدتين مختلفتين هل تحكم بصحتها ؟ وعند بعضهم يتأصلان ويوجه [^(١) البطلان بأنه شرط ما يخالف قضية الكتابة ، لأن قضيتها أن لا يعتق بأداء البعض .

والصحة بأنه لو كاتبه مطلقاً ، وأدى بعض المال ، ثم اعتقه على أن يؤديباقي بعد العتق جاز ، فكذلك إذا شرطه في الابداء ، هذا كلام الرافعي وليس فيه ترجيح الطريقة الأولى ، فضلاً عن الجزم بها ، بل الترجح ضعيف . لأن صورة تلك أن يكون المعقود عليه متعددًا أو متهدّدًا ولكن يخص بعضه المعين بحكم والبعض الآخر بحكم آخر .

كما يعرف من كلامهم في البيع بل الظاهر أن هذا شرط يخالف مقتضاها وليس نظيره ما قاس عليه الذاهب إلى الصحة لأنه في تلك المسألة متبع بتعجيل العتق وفي مسألتنا يصير مستحقاً واقعاً بغير اختياره ، وذلك مناف لحقيقة الكتابة ثم إن النووي أيضاً قد أسقط هذه المسألة أعني المستشهد بها للصحة .

قوله : ولو كاتبه وباعه شيئاً بعوض واحد كقوله كاتبتك ويعنك هذا الشوب بمائة إلى شهرين تؤدي نصفها في آخر كل شهر فإذا أديت حر ، فقال قبلت الكتابة والبيع أو البيع والكتابة أو قبلهما فطريقان :

أحدهما : على القولين في من جمع بين عقدتين مختلفي الحكم ففي قول يصحان ، وفي آخر يبطلان .

والثاني : وهو المذهب : يبطل البيع ، وفي الكتابة قولًا تفريق الصفة . انتهى .

(١) سقط من أ .

وما ذكره من أنه لا فرق في الجواز من تقدم البيع على الكتابة، وعكسه، وبين مقارنتهما قد ذكر في نظيره وهو مزج الرهن بالبيع ما يخالفه كما سبق في أوائل الرهن .

وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : الركن الثالث : السيد ويعتبر فيه أمران ، والتكليف وأهلية التبرع .
انتهى كلامه .

أهمل أمراً ثالثاً وهو الاختيار حتى لا يصح من المكره ، وقد ذكره في
أثناء الباب .

قوله : ولو كاتبه في الصحة بمثل قيمته ولم يكن له مال [سواء] ^(١) ، ثم
أبرأه عن النجوم في المرض ، فإن اختار العجز عتق [ثلثه] ^(٢) ورق ثلاثة
وإذا اختاربقاء الكتابة ، فأظهر الوجهين أنه يعتق ثلاثة ، وتبقي الكتابة في
الثلاثين وقيل لا يعتق ثلاثة ما لم يسلم الثلاثان للورثة . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من عتق الثالث ، قبل تسلط الورثة على الثلاثين قد سبق
في باب التدبير في نظائر كثيرة لهذا ما يخالفه ، ذكر ذلك بعد الكلام على
الرجوع ، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

وقد ذكر الرافعي هنا عقب هذه المسألة [عملاً من الحساب حكى فيه
خلافاً بين ابن الصباغ وغيره أسقطه] ^(٣) من « الروضة » ، وفي ظني أنه
لم يتقدم له ذكر في الوصايا ، فليعلم ذلك ولينظر .

قوله : وكتابة المرتد تبني على أقوال ملكه ، وقيل لا يأتي الوقف ، ثم
 محل هذا الخلاف ما إذا لم يحجر الحاكم عليه [وقلنا أيضاً لا يحصل بنفس

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الردة فإن كان في حال حجر لم يصح قطعاً وقيل [١) محلها إذا حجر عليه الحاكم ، فإن لم يحجر عليه صحت بلا خلاف ، سواء قلنا يصير محجوراً عليه أم لا ، وقيل : إنه مطرد مطلقاً .

ثم قال ما نصه : وتحصل من هذه الاختلافات في كتابة المرتد وجوه أو أقوال خمسة :

أحدها : أنها موقوفة .

والثاني : صحتها .

والثالث : صحتها قبل الحجر خاصة .

والرابع : بطلانها .

والخامس : بطلانها بعد الحجر خاصة والأشبه هو الرابع ، انتهى كلامه .

والقول الثالث من هذه الأقوال متعدد مع الخامس فهي في الحقيقة أربعة بل لا يجيء مما سبق غيرها ، أعني غير الأربع .

وقد تفطن النووي لإشكاله لكنه توهم صحة العدد فغيره باجتهاده ، فقال :

أظهرها : البطلان .

والثاني : يصح .

والثالث : موقوفة على إسلامه .

والرابع : يصح قبل الحجر عليه ، وإن قلنا يصير محجوراً عليه بنفس الردة .

والخامس : يصح قبل أن يصير عليه حجر إما بنفس الردة ، وإما بحجر

(١) سقط من أ .

القاضي هذا كلامه ، وهو غير مستقيم أيضاً .

فإن حجر الحكم لما كان متوقفاً على أشياء منه حصل من اعتباره قول فارق . وأما كونه يصير محجوراً عليه أم لا فلا يجيء فيه قول ، بل هو داخل في الأقوال الباقيه ، كغيره من الطرق ولو قوعه من غير فعل فتأمله .

قوله : ولو سمي المكاتب جاز للسيد الفسخ ، وهل يفسخ بنفسه كما كان المكاتب حاضراً ، أو بدفع الأمر إلى الحكم ليتحقق هل له مال بقي بالكتابة ؟ فيه وجهان :

أظهرهما : الأول ، ثم إذا فسخت الكتابة وأقام البينة بعد الخلاص على أنه كان له من المال ما بقى بالكتابة بطل الفسخ وأدى المال وعتق . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخره من أن وجود المال مانع من الفسخ ، قد جزم بخلافه في أثناء الحكم الثاني في السبب الثاني من أسباب تعذر تحصيل النجوم ، وسوف أذكر لفظه في موضعه فراجعه .

قوله : الركن الرابع : المكاتب وشرط التكليف . انتهى .

أهمله قيد الاختيار ليتحرز عن المكره .

وقد ذكره في « الروضة » ولم يتبه على أنه من « زوائد » .

نعم ذكره الرافعي في أثناء الباب ، وقد تقدم الاعتراض عليه بهذا في حق السيد أيضاً .

قوله في « الروضة » : ولو كاتب عبده الصغير أو المجنون فوجدت الصفة عتق ، ثم قيل : يعتق بحكم كتابة فاسدة ، لأنه لم يرض بعتقه إلا بعوض فعلى هذا يثبت التراجع ، وال الصحيح الذي عليه الجمهور : أنه يعتق بمجرد الصفة وليس كما جرى حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ولا غيره . انتهي .

حکی الرافعی عن الصیدلاني أنه فصل بين الصبي والمجنون وفرق بأن

الجنون عارض فهو كعارض شرط فاسد بخلاف الصبي .

وأهمل أيضاً طريقة قاطعة فيهما بالجواز وأخرى بالمنع .

قوله : ولو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤدي عن العبد كذا في نجمين فإذا أداهما عتق العبد فهل يصح ؟ وجهان :

أحدهما : نعم : كخلع الأجنبي .

والثاني : لا ، لمخالفته موضوع الباب ، فإن صاحبناها فهل يجوز حاله ؟

وجهان : وإن لم نصححها وأدى عتق العبد بالصفة ويرجع المؤدي على السيد بما أدى والسيد عليه بقيمة العبد . انتهى .

والأصح : عدم الصحة ، كذا صاحبه في « الروضة » من « زوائد » .

قوله : وإن كاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه لم يصح في أصح القولين .

والثاني : قاله في « الإملاء » على مسائل محمد بن المحسن أنها تصح .

وعن ابن سلمة القطع بالقول الأول ، فإن صاحبنا فدفع العبد من كسبه إلى الذي كتبه حصته ، أو جرت بينه وبين الذي لم يكتبه مهابية ، فدفع ما كسبه في ثوبه نفسه إلى الذي كتبه حتى تمت النجوم عتق ، وقام عليه نصيب الشريك إن كان موسرًا . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن العبد المشترك [إذا أعطى أحد الشريكين حصته من المال الذي اكتسبه] ^(١) لا يعتق نصيب الآخذ حتى يأخذ أيضاً شريكه ، كذا ذكره الرافعي في الكلام على الحكم الثاني من أحكام الكتابة على خلاف ما دل عليه كلامه هنا فراجعه ، فإنه بسط المسألة هناك ، وترجم لها في « الروضة » بالمسألة الخامسة .

(١) سقط من أ .

والثاني : أن النووي قد أهمل في « الروضة » الطريقة القاطعة التي قال بها ابن سلمة .

قوله : حكاية عن ابن كج : ولو كاتب نصيبه بإذن شريكه فجائزناه فأراد الشريك الآخر كتابة نصيبه ، هل يحتاج إلى الإذن الأول ؟ فيه وجهان . انتهى .

جزم ابن الرفعة في « الكفاية » بالجواز ، وعلمه بأنه لم يبق له حق يخشى فواته ، وما ذكره متوجه .

قوله في « الروضة » : فرع : إذا كاتب الشريكان العبد معاً أو وكل من يكتبه أو وكل أحدهما الآخر فكتابه صحت الكتابة قطعاً إن اتفقت النجوم جنساً وأجلأً وعدداً ، وجعلها حصة كل واحد من النجوم بحسب اشتراكهم في العبد ، أو أطلقها فإنها تقسم كذلك . انتهى كلامه .

وما اقتضاه لفظه من عدم الخلاف ليس كذلك ، ففي المسألة ثلاثة أوجه حكاماً في « الكفاية » .

أحدها : هذا .

والثاني : أنه إذا كان لأحد الشريكين زيادة على ما للآخر فلا يصح الكتابة أصلاً ، وإنما تصح إن لو كان ملكهما على السواء .

والثالث : أنها لا تصح مطلقاً سواء تساويها فيه أو اختلفا لأن العقد إذا جرى عليه حكم العقددين وصار كأن كل واحد قد انفرد به .

ولم ينف الرافعي الخلاف في هذه المسألة .

قوله : والكتابة الباطلة هي التي اختلف بعض أركانها ، بأن كان السيد أو العبد صبياً أو ذكر ما لا يقصد كالدم والخشرات بخلاف الكتابة على الخمر والخنزير ، فإنها فاسدة ثم قال ما نصه : وعند الصيدلاني أن الكتابة على الميّة

والدم من صور الكتابة الفاسدة كالكتابة على الخمر والخنزير . انتهى كلامه .

لم يذكر رحمة الله في الميّة غير ما نقله هنا عن الصيدلاني ، وهو موهم ، بل ظاهر في إلحاقيها بالباطل لأنّه ساق هذه المقالة مساق الأوجه الضعيفة .

ولقرينة عدها مع الدم ولكن الصحيح عدها مما يقصد ، كذا صرّح به الرافعي في كتاب الخلع فاعلمه .

وتابعه في « الروضة » هنا على هذا التعبير .

قوله : وإنما كان كذلك على خلاف البيع وسائر العقود ، حيث لا يفرق فيها بين الباطل وال fasد لأن العتق هو المقصود ، وتعليق العتق لا يفسد . انتهى .

وما ذكره من أن باقي العقود لم يفرق فيها ليس كذلك ، فقد فرقوا بينهما أيضًا في الخلع والعارية ، وقد تقدم في موضعه .

قوله في « الروضة » : ولو اعتصم عن المسماي في الكتابة الفاسدة لم يعتق أيضًا . انتهى .

وهذا الكلام يوهم جواز الاعتصام عن ثغوم الكتابة والصحيح فيه المنع ، كما ذكره بعد ذلك في الحكم .

ولما ذكر الرافعي هذه المسألة نبه عليها على بيانه على خلاف الآتي .

قوله أيضًا في « الروضة » : وهل يتبع المكاتبة كتابة فاسدة ولدتها ؟ طريقان : المذهب : نعم كالكسب .

والثاني : قولان . انتهى .

لم يصرّح الرافعي بتصحيح شيء من الطريقين وإنما نقل الأولى عن تصحيح الإمام وغيره والثانية عن أبي زيد والغزالى .

نعم صحيح الرافعي في « الشرح الصغير » ما صححه في « الروضة » ،
فقال : إنها أظهر الطريقين .

قوله : والمكاتب كتابة صحيحة ، هل يسافر بغير إذن سيده فيه نصان
وفيهما طريقان ، وقيل قولهان : أصحهما : الجواز .

والطريق الثاني : حمل الجواز على القصير والمنع على الطويل ، وقيل:
يحمل الجواز على ما قبل الحلول والمنع على ما بعده انتهى ملخصاً .

ذكره في « الشرح الصغير » و « الروضة » نحوه أيضاً وفيه أمران :

أحدهما : أنه لا يؤخذ من هذا الكلام تصحيح في المسألة ، فإن التصحيح
المذكور في الأول إنما هو تفريع على طريقة القولين ، ولم يصححها
والصحيح من حيث الجملة هو الجواز ، كذا جزم به الرافعي في أول الكلام
على كفاية بعض العبد ، وصححه النووي في « تصحيح التنبيه » .

نعم يؤخذ من كلام الرافعي هنا ، ومن « الروضة » تصحيح الجواز في
السفر القصير قبل الحلول لأن الطرق كلها متفقة عليه .

الأمر الثاني : أن ما اقتضاه كلامهما [في هذا الباب من عدم المنع عند
الحلول مناقض لما ذكراه] ^(١) في التفليس وفي السير من تصحيح المنع عند
القدرة ، والعجب من تمكنه من منع الحر بذلك ، ومنعه من منع رقيقه
بذلك السبب بعينه ، وتعليق الرافعي يقتضي تخصيص الخلاف لسفر التجارة
وتصوير المسألة ، يقتضي تعميم كل سفر ، وكلام « التنبيه » يقتضي جريان
الخلاف مع الإذن أيضاً ، ولم يصرح الرافعي بذلك وفيه نظر .

قوله : وكأنه قال : إن أدت فأنت حر مالم أرجع ، فالعتق معلق
بالأداء . وعدم الرجوع . انتهى .

(١) سقط من أ .

واعلم أنه قد جعل هنا وفي أول الفصل أيضًا التعليق بالأداء ، كسائر التعليق الحالية عن العوض ، وقد علم أن التعليق لا يرجع عنه بالقول لكن استفادنا من هاهنا جواز الرجوع عنه إذا شرطه في تعليقه ، وفيه نظر ، فإن الرجوع الذي شرطه لا يحصل باللفظ ، إلا أن يقال حملناه على التلفظ بالرجوع ، وقد أسقط النبوبي المسألة المذكورة .

قوله : ولو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة فهل يعتق كالصحيحة أم لا لأن الصفة لم توجد على وجهها ؟ وجهان . انتهى .

والأصح هو الثاني ، كذا صححه النبوبي من « زوائد » وابن الرفعة في « الكفاية » وهو المتوجه .

قال رحمه الله : النظر الثاني في أحكام الكتابة وهي خمسة : أحدها فيما يحصل به العتق .

قوله : وأما الفاسدة فالأصح بطلانها بجنون السيد وإغمائه ، وبالحجر عليه دون جنون العبد وإغمائه ، لأن العبد لا يمكن من فسخ الكتابة ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة وإنما يعجز نفسه ، ثم السيد يفسخ إن شاء ، فإن قلنا أنها لا تبطل فلو أفاق فأدلى المسمى عتق وثبت التراجع .

وبمثله أجابوا فيما إذا أخذ السيد في جنونه وقالوا ينصب الحكم من يرجع له ، وينبغي أن يقال لا يعتق هاهنا ، انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما جزم به ، واقتضى كلام الاتفاق عليه ، من كون العبد لا يمكن من فسخ الكتابة غريب .

فقد ذكر بعد هذا في أثناء الحكم الثاني أن أظهر الوجهين ، أنه يجوز له يفسخ كالمترهن وعلل مقابله بأنه لا ضرر عليه في بقاء الكتابة ، والصواب

المفتى عليه ما ذكره هناك وهو الجواز ، فقد نص عليه الشافعى في «الأم» ، فقال في باب الكتابة على البيع تعليلاً لمسألة ما نصه : لأن الكتابة لا تلزم العبد لزوم الدين الكتابة متى شاء العبد تركها .

وذكر بعده بنحو أربعة أوراق ما هو أصرح منه ، فقال في باب الخيار في الكتابة ما نصه : ولو كاتب الرجل عبده على أن للسيد أن يفسخ الكتابة متى شاء ما لم يؤد العبد كانت الكتابة فاسدة ، ولو شرط السيد للعبد أن يد هذا العبد فسخ الكتابة متى شاء كانت الكتابة جائزة ، لأن ذلك يد العبد ، وإن لم يشترطه العبد . انتهى لفظ الشافعى بحروفه ، ومن «الأم» نقلته .

وصرح به أيضاً في باب ميراث المكاتب ، فقال من جملة كلام ما نصه: فمتى شاء المكاتب أبطل الكتابة .

الأمر الثاني : أن قول الرافعى وإنما يعجز نفسه ثم السيد يفسخ إن شاء صريح في أن الكتابة لا تبطل بتعجيز العبد نفسه ، وهو خلاف نص الشافعى ، فإنه قد قال في «الأم» في باب جماع أحكام المكاتب استدلاً على بطلان الكتابة بالموت ما نصه : وإذا كان المكاتب ، إذا قال في حياته قد عجزت فطلب الكتابة ، لأنه اختار تركها كان إذا مات أولى أن تبطل ، وذكر مثله في أواخر باب ميراث المكاتب ، فقال ما نصه : وكذلك لو كان عبدان أو عبيد في كتابة واحدة فعجز أحدهم نفسه ، أو رضي بترك الكتابة خرج منها . هذا لفظه .

وقد حذف النبوى من «الروضة» ما ذكره الرافعى هاهنا لكونه دليلاً على مسألة ، فاتفق أن سلم من هذين الاستدراكين ، ثم إن الرافعى قد ذكر بعد هذا في آخر المسألة الثالثة من الحكم الثاني ما يوافق المذكور هنا أيضاً وتابعه عليه في «الروضة» لكنه ذكر ما يخالفه في الحكم الثاني ، في الكلام على تبرعات المكاتب مع السيد ، فإنه صحق تخريجها على القولين

الجزء التاسع

في الأجنبي مع الإذن وحکى طريقة قاطعة بالصحة ، وعللها بقوله لأن المكاتب أن يعجز نفسه ، فيحمل جميع ما في يده لسيده .

وإذا تمكن من جعل الجميع للسيد ، لم يبعد أن يجعل بعضه له بالهبة .
هذا لفظه .

وبعه عليه في « الروضة » .

الثالث : أن النwoي في « الروضة » قد عبر عن قول الرافعي ينصب الحاكم بقوله ينصب السيد ، كذا رأيته بخطه ، وهو ذهول فاعلمه .

قوله : الثالثة إذا كاتب الشريكان معا ثم أعتق أحدهما نصيبه سرى إلى نصيـب شـريكـه عـلـى المشـهـور وـفـي وقتـها قولـانـ :
أـحدـهـما فـي الحالـ .

وأـظـهـرـهـما لا بل يـوقـفـ إـلـى الأـدـاءـ وـالـعـجـزـ ثـمـ قـالـ وـعـنـ أـبـيـ الطـيـبـ اـبـنـ سـلـمـةـ القـطـعـ بـالـقـوـلـ الثـانـيـ .ـ اـنـتـهـىـ .

أسقط النwoي هذه الطريقة .

قوله : إذا كاتب عبداً ومات عن اثنين فأعتق أحدهما نصيـبـهـ أوـأـبـواـهـ عنـ نـصـيـبـهـ منـ النـجـومـ عـتـقـ نـصـيـبـهـ،ـ هـذـاـ هوـ المـشـهـورـ الـذـيـ أـطـلـقـهـ عـامـةـ الـأـصـحـابـ .

وقـالـ صـاحـبـ «ـ التـهـذـيبـ »ـ :ـ قـضـيـةـ سـيـاقـ المـخـتـصـ حـصـولـ قـولـينـ فـيـ عـتـقـ
نصـيـبـهـ :

أـحدـهـماـ :ـ العـتـقـ ،ـ وـأـصـحـهـمـاـ المنـعـ .

بلـ يـوقـفـ ،ـ إـلـاـ أـدـىـ نـصـيـبـ الـآـخـرـ عـتـقـ كـلـهـ .ـ اـنـتـهـىـ كـلـامـهـ .

وذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضاً ، وحاصله تصحيح العتق في نصـيـبـهـ وـقـدـ خـالـفـ ذـلـكـ فيـ «ـ المـحرـرـ »ـ فـقـالـ فـيـ آـخـرـ الـبـابـ فإنـ أـعـتـقـ نـصـيـبـهـ

فالأشد أنه لا يعتق بل يوقف ، هذا لفظه وهو غريب وكأنه والله أعلم حالة تصنيف « المحرر » نظر آخر كلام « الشرح » دون أوله .

وقد استدرك في « المنهاج » عليه ، وصحح حصول العتق .

قوله : في المسألة : فإذا قلنا يعتق فكان موسراً فهل يسري العتق إلى نصيب الشريك فيه قوله :

أحدهما : نعم كما لو كاتباه ثم اعتقه أحدهما وأصحهما لأن الكتابة الفاسدة تقتضي حصول العتق بها .

والتي لا يقوم عليه ، والابن كالنائب عنه وبنـي القولان على أن المكاتب ، هل يورث أم لا ؟ قلنا نعم سري ، وإن قلنا لا فالعتق بحكم كتابة الابن . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النموي قد وافقه في « الروضة » على تصحيح عدم السراية ، ثم خالفه في « تصحيح التنبية » ، فإن صاحب « التنبية » قد حكى في ما إذا [أبراً] ^(١) أحد الشريكين ، أو أحد الوارثين قولين من غير ترجيح ، فجمعهما النموي وصحح فيما أنه يسري .

فأما تصحيحة السراية في إبراء أحد الشريكين فمسلم ، وأما في أحد الوارثين فمخالف ، والصواب ما قاله في « الروضة » وهو الذي صححه الرافعي أيضاً .

ولا ذكر للمسألة في « المحرر » ولا في مختصره .

الأمر الثاني : أن النموي قد أسقط الخلاف في أن المكاتب هل يورث أم لا ؟ وقد ذهب بعض الأصحاب كما حكاه ابن الصباغ في كتاب الأيمان إلى

(١) سقط من أ .

أن المكاتب ملك نفسه بالعقد ، وإنما لم يعتق لضعف الملك وهذا الخلاف هو الخلاف في الإرث وعدهم فإن القائل بخروجه عن ملك السيد يقول : لا يورث ، وهذه المقالة مبادنة ، لما قاله القاضي الحسين والبغوي ؛ من أن المكاتب لم يملأ أكسابه ولا منفعته وإنما سلط بالكتابة على جمعها وإعطائها للسيد .

قوله : أيضًا في المسألة فإن قلنا بالسرaya فهل ثبت في الحال أو عند العجز ؟ فيه قولان كما ذكرنا في إعتاق أحد الشركين .

والظهور الثاني ، ثم قال وهما طریقتان أخرىان إحداهما القطع بشبوت السرایة في الحال .

والثانية القطع بتأخرها إلى العجز ، لأن أحد الوارثين ليس بمعتق حقيقة ، وأحد الشركين معتق . انتهى كلامه .

أسقط في « الروضة » هاتين الطريقتين ، وسببه أنهما وقعا في الكلام على ألفاظ الوجيز .

قوله : ولو تلف عند السيد ما قبضه ثم عرف أنه كان معيناً ، فقد قدم الإمام عليه أنه [إن أنفق] ^(١) ذلك في عين [فإن رضي] ^(٢) كفى ، ولا حاجة إلى إنشاء إبراء وإن طلب الأرش [تقرر ، وإن لم يسقط إلا بإسقاطه وأما النجوم فإن رضي بالعتق فاقد وإن طلب الأرش] ^(٣) تبين إن لم يحصل ، فإذا أداه حصل وإن عجز فللسيد إرفاقه .

ويجيء الوجه الآخر وهو أنه يرتفع العقد بعد حصوله . انتهى .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

فأما تعبيه أولاً بقوله في عين فمراده شراء الأعيان ، وهو المعقود له كتاب البيع .

وأما تعبيه في آخر كلامه بقوله يرتفع العقد فتبعه عليه في « الروضة » وهو سهو بل صوابه العتق كما ذكره في « الشرح الصغير » .

قوله : وأما الأرش ففيه وجهان :

أحدهما : ما ينتقص من قيمة رقبة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم على ما هو قياس المعاوضات ، وهو ما أورده أبو الفرج السرخسي .

والثاني : ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب ، ووجهه أن المقبوض عن الملزوم في الذمة ليس ركناً في العقد ، وكذلك لا يزيد العقد برده ، ولا يسترد في مقابلة نقصانه جزءاً من العوض . كما لا يسترد المعوض إذا كان نافياً فيرد بالعيب ، وهذا ما نقل القاضي الروياني رجحانه ، وأجرى الوجهين في كل عقد ورد على موصوف في الذمة .

قال الإمام : وأمثل منها أن يقال يغرم للسيد ما قبض ، ويطالب بالمسمي بالصفات المشروطة . انتهى كلامه .

لم يصحح شيئاً في « الروضة » أيضاً ، والصحيح هو الوجه الثاني ، فقد رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » ، فقال : إنه حسن الوجهين ، ونص عليه أيضاً الشافعي في « الأم » في باب استحقاق الكتابة يعني النجوم .

الحكم الثاني في الأداء والإيتان

قوله : في « الروضة » وأما المستحب في الإيتان فقدر الرابع ، وقيل الثالث ، وإلا فالسبعين . انتهى .

السبعين ثم باه صرخ به الرافعي في أثناء الاستدلال .

قوله : الثالثة إذا أتى المكاتب بالنجوم فقال السيد هذا حرام أو مغصوب نظر إن أقام على ما يقوله بينة لم يجبر على قوله، ثم قال ما نصه : وإن لم يقدم بينة على ما يقوله فالقول قول المكاتب بأنه لدفع مبينه لظاهر اليد ، فإن نكل حلف السيد ، وكان كما لو أقام البينة .

وعن ابن أبي هيررة وجه حكاه القاضي ابن كج أن المكاتب لا يحتاج إلى البينة ، والمشهور الأول . انتهى كلامه .

واعلم أن المكاتب في حكاية الوجه لا يمكن أن يكون بفتح التاء لأنه لا قائل باشتراط البينة حتى يحكي وجهاً يعدمه بل إنها يصح بالكسر .

وقد صرخ به في « الروضة » ، فقال : وفي وجه لا يحتاج السيد إلى بينة . هذا لفظه .

إذا علمت ذلك فكيف يستقيم تصديق السيد في هذه الدعوى من غير بينة مع ما يكذب دعواه وهو اليد ، وما يتربّط عليه من إضرار المكاتب ضرر الإعانة له ، لأنه لا يؤمن إذا بقى له درهم مثلاً أن يدعي ذلك في كل درهم يحضره له .

وبالجملة فهذا الوجه وقع في نسخ الرافعي في حكاياته تحريف حيث عبر بقوله بالبينة ، وإنما هو باليمين وقد أتى به على الصواب في « الشرح الصغير » ، فقال : وإن لم يكن له أي للسيد بينة فيصدق المكاتب بيمينه

لظاهر اليد ، وقيل : لا يحتاج إلى اليمين ، والظاهر الأول هذا لفظه ، وهو حسن صحيح .

وحيثئذ فيكون المكاتب في عبارة الرافعي إنما هو بفتح التاء ، كما هو المصطلح عليه في التعبير بهذا اللفظ عن العبد ، وفي الآخر بالسيد ، والحاصل أن الشيخ محيي الدين اجتهد في اختصار هذا المرضع فأخذوا إلا أنه معدور .

قوله : وإن عجل قبل المحل على أن يبرئه عن الباقي فأخذه وأبرأه ، لم يصح القبض ولا الإبراء ولو قال السيد أبرأتك عن كذا شرط أن تعجل لي الباقي ، أو إذا عجلت لي كذا فقد أبرأتك عن الباقي فعجل لم يصح القبض والإبراء أيضاً .

هذا ظاهر المذهب ، وأشار المزني إلى تردد قول في صحتها ، ولم يسلم له جمهور الأصحاب اختلاف القول في المسألة . انتهى ملخصاً .

واعلم أن ما ذكره هنا فرد من أفراد قاعدة ، وهي أنه إذا شرط عليه في شيء من العقود أمر لا يلزمـه فأقدم على القيام به فهل يصح أم لا ؟ وهذه القاعدة قد إختلف فيها كلامـه وكذلك كلامـ«الروضة» اختلافاً عجيباً ، وقد تقدم ذكر ذلك واضحـاً في كتاب البيع .

قوله : وإن كان له مال غائب فقد أطلق الإمام وصاحب الكتاب للسيد الفسخ ، وليحمل على تفصيل ذكره ابن الصباغ وصاحب «المذهب» وغيرهما ، وهو أنه إن كان على مسافة القصر لم يلزمـه التأخير إلى أن يحضر لطول المدة ، وإن كان على ما دون مسافة القصر لزمـه التأخير إلى أن يحضر . انتهى كلامـه .

وهذه المسألة قد نصـ عليها الشافعي في «الأم» في باب عجزـ المكاتب ، فأجابـ كما أجابـ الإمام ومن تبعـه ، فقالـ ما نصـه : فإنـ قالـ لي شيء

غائب أحضره ، لم يكن للسلطان أن ينظره إلى قدوم الغائب ، لأنه قد ينظره فيفوت العبد بنفسه ، ولا يؤدي إليه ماله هذا لفظه ، وتعليقه بالفوات يدل على أنه لا فرق بين المسافتين .

واقتصر الرافعي على النقل عن هذه الطبقة المتأخرة دليل على أنه لم يظفر فيها شيء للمتقدمين فضلاً عن إمام المذهب .

قوله : وإذا حل النجم والمكاتب غائب أو غاب بعد طوله بغير إذن السيد فله الفسخ إن شاء بنفسه ، وإن شاء بالحاكم ، فإن رفع إلى الحاكم فلا بد أن يثبت عنده حلول النجم وتعذر التحصيل ، ويحلقه الحاكم مع ذلك لأنه قضاء على الغائب .

قال الصيدلاني : يحلقه أنه ما قبض منه النجوم ولا من وكيله ، ولا يعلم له مالاً حاضراً ثم قال عقبه ما نصه : ولو كان مال المكاتب الغائب حاضراً، لم يرد الحكم النجوم منه ويمكن السيد من الفسخ ، لأنه ربما عجز نفسه ولا يؤدي المال لو كان أي المكاتب حاضراً . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه من عدم الأداء من المال الحاضر مع قوله قبل ذلك أنه يحلقه على أنه لا يعرف له مالاً حاضراً قد تابعه عليه في «الروضة» وما لا يجتمعان فتأمله .

قوله : الرابع إذا جن العبد وحاول السيد الفسخ ، فلا بد وأن يأتي الحاكم فيثبت عنده الكتابة وحلول النجم ، ويفيدي المطالبة ويحلقه الحاكم علىبقاء الاستحقاق ، ثم يبحث فإن وجد للمكاتب مالاً أداء عن الواجب عليه ، ويخالف ما إذا كان المكاتب غائباً ولو مال حاضر حيث قلنا : لا يؤديه عنه ، وفرق بينهما بأن الغائب من أهل النظر فربما امتنع وعجز نفسه ، وربما فسخ الكتابة في غيابه . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه لابد من الحلف من نفي القدرة على عدم التحصيل ، والغريب أن الرافعي قد ذكره قبل ذلك في الغائب .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من عدم أداء القاضي عن الغائب ، قد ذكر أيضاً مثله قبيل هذا بقليل ، وخالف ذلك في الركن الثالث في الكلام على ما إذا سبي المكاتب ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : وإذا ظهر له أى للمجنون بعد التعجيز مال ، وحكمنا ببطلان التعجيز فكان السيد جاهلاً بحال المال فعلى المكاتب رد ما أنفق السيد عليه لأنه لم يتبرع ، وإنما أنفق على أنه عبده ، ولو أقام المكاتب بعد ما أفاق بيته على أنه كان قد أدى النجوم حكم بعتقه ، ولا رجوع للسيد عليه لأنه ليس وأنفق على علم بحريته فيجعل متبرعاً ، فلو قال نسيت الأداء ، فهل يقبل ليرجع فيه وجهان . انتهى كلامه .

وقد أسقط النووي المسألة الثانية وهي مسألة إقامة البينة على الأداء مع مسألة الوجهين المتفرعة عليها أيضاً ، وسيبه وقوع غلط في كثير من نسخ الرافعي هنا وكأن بعض تلك النسخ السقيمة وقعت له والصحيح من هذين الوجهين هو عدم الرجوع أيضاً .

قوله : وعن نصه ^{غوثي} في « الأم » أنه لو قال بعد التعجيز قد قررتك على الكتابة ، لم يكن عليها حتى يجدد له كتابة ، وقد مر في القراءض ما يقتضي إثبات خلاف فيه . انتهى .

اعتراض عليه في « الروضة » ، فقال : ليس هذا كالقراءض ، فإن معظم الاعتماد هنا في العتق على التعليق ، وهذا اللفظ لا يصلح له .

قوله : ولو تطوع رجل بأداء بمال الكتابة فهل يجبر السيد على القبول أو يمكن من الفسخ .

حکی ابن کج فيه وجهین ، والذی اوردہ الإمام منهما أنه لا يجبر . انتهى .

والصحيح في أداء دين الغير بغير إذنه أن القبول لا يجب ، كذا جزم به الرافعي في باب الفلس في الكلام على الفسخ ، وفي الباب الثالث من كتاب النفقات في الكلام على الإعسار بالنفقة ، والذي تكلم فيه الرافعي هنا ، وهو الأداء عن المكاتب بخصوصه تفريغ على الإجبار في غيره من الديون ، ووجه التفريق النظر في الكتابة إلى معنى التعليق .

قوله : في المسألة ولو قبل ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بغير إذنه وجهان عن رواية صاحب « التقريب » القياس القبول . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » قد جعل محل الوجهين في ما إذا كان بإذن المكاتب على عكس ما في الرافعي .

الثاني : أن تعبير الرافعي في آخر كلامه بالقبول سهو ، وصوابه الواقع وهو تعبير الإمام أيضاً وقد تفطن له في « الروضة » فأصلحه به ، وتعليق الواقع القياس على سائر المعاوضات ، وتعليق الآخر النظر إلى التعليق .

وفائدة الوجهين براءة ذمة المكاتب وعتقه .

قوله : فرع إذا قهر السيد المكاتب واستعمله مدة فعليه أجراً مثله ، ثم إذا جاء المحل فهل عليه إمهاله مثل تلك المدة أو له الفسخ قولان : أصحهما الثاني ، ثم قال ولو حبسه غير السيد ، فقد حكى الإمام عن العراقيين إجراء الخلاف فيه .

وفي طریقان سبقاً في أسر المكاتب . انتهى كلامه .

ومقتضاه أن الإمام نقل عن العراقيين أن القولين يطردان أيضاً في غير السيد ، وبه صرخ في « الروضة » فقال : فالمذهب أنه لا إمهال وأجراء العراقيون على قولين ، وهذا النقل ليس مطابقاً لكلام العراقيين ، ولا لنقل

الإمام عنهم ، فإن الذي نقله عنهم أنا إن قلنا في حبس السيد لا مهل فهنا أولى وإلا فوجهان ، وصحح ابن الرفعة في الأجنبي طريقة القولين .

قوله : ولو كان على المكاتب ديون أخرى للسيد فدفع المكاتب ما في يده للسيد ، ولم يتعرضا للجهة ثم قال المكاتب قصدت النجوم وأنكر السيد أو قال صدقت ، ولكن قصدت أنا الدين لا النجوم قال القفال : يصدق المكاتب ، وقال الصيدلاني يصدق السيد لأن الاختيار هنا إليه بخلاف سائر الديون . انتهى .

والأصح كما قاله في « الروضة » من « زوائد » هو قوله القفال ، وهو مشكل بل القياس تصديق السيد ، لأن التعين في الابتداء إليه ، فالقياس أنا نراعي من له التعين ابتداء .

قوله : في « الروضة » وللمكاتب تعجيل النجوم قبل المحل ولا يجوز تعجيل الديون المؤجلة بغير إذن سيده ، وفي جوازه بإذنه الخلاف في تبرعاته وفي معناه ما إذا عجل للسيد سائر الديون ، ومنهم من طرد الخلاف في تعجيل النجوم ذكره الروياني . انتهى .

وعبارته في النقل عن الروياني تقتضي أنه ناقل لوجه ، وعبارة الرافعي مدلوها أنه قائل به وجازم فإنه قال ومنهم من أجرى الخلاف في تعجيل النجوم وكذلك أورده الروياني ، وقال : هو بمنزلة الهبة بإذنه وفيه قولان .

قوله : في « الروضة » فإن عجز المكاتب نفسه سقطت النجوم وفي دين معاملة السيد وجهان أصحهما أنه يسقط من معاملة وأرش فإن لم يف بالنوعين ، فهل تقدم المعاملة أم الأرش أم يسوى بينهما ؟

أوجه : أصحها عند الشيخ أبي محمد والغزالى وغيرهما الثالث . انتهى كلامه .

لم يصحح الرافعي هنا ولا في « الشرح الصغير » شيئاً من الوجهين

الأولين ، بل قال الذي أورده الإمام منهما أنه يسقط هذا لفظه .

وهذه المسألة قد ذكرها الرافعي في مواضع واضطرب فيها كلامه ، وقد سبق إيضاح ذلك بحمد الله تعالى ، في الباب الثالث من أبواب الرهن . وأما الخلاف الثاني فمقتضى كلام الرافعي أنه يرجح تقديم المعاملة ، لأن رجحه قبل ذلك بقليل في القسمة عند الحجر ثم قال هنا : إن مقتضى ترجيحه هناك ترجيحه هنا أيضاً .

قال وقد رجحه الإمام .

قوله : وإذا كاتبا عبداً فدفع إلى أحدهما حصته من مال المكاتبة برضى الآخر ففي صحة القبض قولان أصحهما على ما قاله الروياني في «الخلية» لا يصح لأن حقه ثابت في ذمة المكاتب وما في يده ملكه فلا أثر للإذن فيه انتهى [١] وما رجحه الروياني في «الخلية» قد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنwoي في أصل «الروضة» ، لكن صحة الماوردي والروياني في «البحر» أنه يصح .

قوله : في «الروضة» في المسألة المذكورة فإن قلنا يصح القبض ، وكان القابض موسرًا قوم عليه نصيب الشريك ، وهل يقوم في الحال أم عند العجز عن نصيب الآخر ؟ فيه القولان السابقان ، فيما إذا أعتق أحدهما نصيه ثم قال عقب ما قلناه ما نصه : فإن قلنا يقوم في الحال فجميع ما في يد المكاتب يكون [٢] للشريك الآذن وما كسبه بعد ذلك يكون بين المكاتب والشريك الآذن لأن كسبه بنصفيه الحر والمكاتب انتهى .

وما ذكره تفريعاً على الضعف وهو العتق في الحال ، وأهمل التفريع على الصحيح وهو أنه لا يسري عليه إلا بعد العجز وانفساخ الكتابة .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وإذا علمت ذلك ، فالذى ذكره النووي هنا غلط وقع كذلك في أكثر نسخ الرافعي وأما قوله فإن قلنا بالتقويم في الحال فجميع ما في يد العبد يكون للشريك الآذن فهذا غير صحيح ، بل له النصف خاصة بلا شك لأنه لا يملك إلا النصف ، وقد انفسخت الكتابة فيه لما حكمناه بالسرابة على شريكه كما تقدم إياضًا في أوائل الباب الثاني ، المعقود لأحكام الكتابة .

وأما النصف الآخر فيعتق عن الكتابة فيفوز المكاتب بنصف [أكسابه لأجل ذلك . ولو قيل بانفساخ الكتابة في النصف الآخر أيضًا] ^(١) لكان النصف الآخر من الأكساب يرجع إلى السيد المأذون له لا إلى الآذن .

وقد صرخ صاحب « البحر » بما ذكرناه .

[وأما قوله ^(٢) : وما اكتسبه بعد [ذلك يكون بين المكاتب والشريك الآذن فغلط أيضًا لأنه ليس بعد ^(٣) العتق في الحال إلا الحرية الكاملة ، وما اكتسبه العبد بعد حريته الكاملة يكون له بلا شك .

وقد وقع في بعض نسخ الرافعي ذكر التفريع على القولين .

قوله : السادسة إذا كاتب عبيداً وشرط أن يتکفل بعضهم عن بعض بالنجوم ، فسدت الكتابة لأنه شرط فاسد ، فإن ضمان النجوم غير صحيح . انتهى كلامه .

وهذا التعليل يقتضي أن مثل هذا الشرط لو وقع فيما يصح ضمانه ، كالبيع ونحوه كان صحيحاً وليس كذلك ، فإن اشتراط كفالة غيره له صحيح ، وأما كفالته لغيره فلا لأنه شرط لا يقتضيه العبد .

قوله : في « الروضة » : ولو أدى بعض المكاتبين قبل العتق عن بعض ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

فإن لم يعلم السيد أنه يؤدي عن غيره ، فهو تبرع بغير إذن السيد ، ثم قال:
وإن علم الحال فهو كالتصريح بالإذن على الأصح . انتهى .

واعلم أن في تبرع المكاتب على السيد ثلاث طرق أصحها : أنه على
الخلاف في التبرع بإذنه .

والثاني : لا يصح قطعاً ، وإنما يكون كالisbury بالإذن إذا وجد التصريح
بالإذن ، وهذه الطريقة نقلها الرافعي هنا عن اختيار البغوي .

والثالث : القطع بالصحة ، ذكرها الرافعي في الكلام على التبرعات ،
وصرح أيضاً في « الروضة » بها هناك .

إذا علمت ذلك فكلام « الروضة » هنا لا يعلم منه هل مقابل الصحيح
القطع بالصحة أو بالبطلان ، لاسيما أنه لم يصرح بالمقاطعة بالبطلان ، بل
بالصحة كما أوضحته لك .

قوله : في المسألة : فإن صحننا الأداء رجع على المكاتب إن أدى بإذنه
فإنه كان قد عتق فذاك ، وإلا فيأخذه مما في يده ، ويقدم على النجوم لأنه
لابد له . انتهى .

وما ذكره من تقديم هذا الدين . قد تابعه عليه في « الروضة » وإطلاقه
عجب فقد تقدم قبل هذا بنحو ثلاث أوراق أن المكاتب له أن يقدم ما شاء
من الديون ، وأنه إنما يجب الترتيب المذكور ، إذا حجر عليه الحاكم
فاعلمه .

قوله : أيضاً فيها فإن لم يصح الأداء فلا رجوع للمؤدي على المؤدي
عنه ، ولكنه يسترد من السيد ما دفعه إليه ، والسيد يطالب المؤدي عنه بما عليه ،
فإن حل نجم على المؤدي وقع في التقاضي فإن لم يسترد من السيد حتى أدى
النجوم وعتق فالنص أنه لا يسترد حينئذ ، ونص فيما إذا جنى السيد على
مكاتبته فعفي عن الأرش الثابت له على السيد ، وأبطلنا العفو بناء على رد

تبرعاته ثم عتق ، أن لهأخذ الأرش فقال الأصحاب : فيها قولان :
أحدها : أنه لا يأخذ شيئاً لزوال المانع .

والثاني : يأخذ لأن أداءه وغفوه لم يصح وبنى الخلاف على القولين في
تصرفات المفلس هل يبطلها أو يوقفها . انتهى .
فيه أمور :

أحدها : أن أقوال التقاضي إنما تأتي على تقدير تلف المال عند السيد ،
لأن شرطها أن يكونا دينين ، وكلام المصنف لا يتضمنه لا سيما تعبيره
بالاسترداد .

الأمر الثاني : أن النبوي قد أسقط المسألة مع كلام آخر قبلها من
«الروضة» [وذلك لغلط وقع هنا في كثير من النسخ .

الثالث : أن هذا البناء يؤخذ من تصحيح القول الثاني . وقد أسقطه من
«الروضة» [^(١) وإسقاطه غريب .

قوله : والإقراض بإذن السيد جائز بلا خلاف . انتهى .

تبعد في «الروضة» على نفي الخلاف عنه ، وليس كذلك فقد جزما
بعد هذا في الحكم الثالث في الفصل المعقود للتبرعات بأن فيه القولين في
سائر التبرعات .

[قوله : وإذا تحالفَا] ^(٢) فتنفسخ الكتابة أو يفسخها الحاكم إن لم
يتراضيا على شيء ؟ فيه ما سبق في البيع والظاهر الثاني .

واعلم أن الصحيح على ما سبق من كلامه في البيع وجه ثالث وهو أنه
يفسخ أحد المتعاقدين أو الحاكم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قوله : ولو قال السيد كاتبتك على نجم واحد فقال بل على نجمين فقال البغوي : صدق السيد بيمنيه ، لأنه يدعى فساد العقد . انتهى .

واعلم أن البغوي يرى أن القول في العقود قول مدعى فسادها ، كما صرخ به الرافعي في غير هذا الموضوع . واقتضاه نقله هاهنا ، ورأيته أيضاً في « فتاواه » في كتاب النكاح فلأجل ذلك أجب به في هذه المسألة وال الصحيح تصديق مدعى الصحة ، فيكون هنا كذلك أيضاً .

وقد أشار في « الروضة » إلى هذا التخريج .

قوله : الرابعة إذا كاتب عبدين في صفقتين أو في صفقة وجوزناها ، ثم أقر أنه استوفى نجوم أحدهما أو أبرأه ، ولم يتذكره قال الروياني حلف لهما إذا ادعياه ، وحيثئذ فقيل يبقىان على الكتابة ، ولا يعتق واحد منهمما إلا بأداء النجوم وقيل تحول الدعوى إلى المكاتبین فإن حلفا على الأداء أو نكلا بقيا على الكتابة .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم بعقد الحالف ، وبقي الناكل على الكتابة . انتهى .

وال صحيح هو الوجه الأول ، فقد نص عليه الشافعي في « الأم » .

قوله في « الروضة » : فإن قال الوارث لا أعلم من أدى منكما ، وحلف لكل منهما على نفي العلم ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يستوفي من كل واحد منهما ما عليه كدين غير الكتابة .

والثاني : يقع بينهما ، وهو الأصح .

ولو ادعي أحد المكاتبین على الوارث الأداء أو الإبراء ، فأنكر حصل بإنكاره الإقرار للأخر قاله الصيدلاني . انتهى .

لم يصحح الرافعي في « الشرحين » شيئاً من الوجهين ، وإنما نقله فيهما

عن تصحیح الرویانی قال فی «الروضۃ» ، وما قاله الصیدلاني محله ما إذا
قال فی إنکاره لست المؤدی .

أما إذا قال لا أعلم ونحوه ، فليس مقرًا للأخر بلا شك .
والذی قاله واضح .

قوله : فی «الروضۃ» ولو كاتبه على ألف درهم ووضع عنده من
الدراهم ما يقابل عشرة دنانير ، وهو مجهول عندهما ففي صحته وجهان ،
بناء على الخلاف في ما لو أوصى بالزيادة على الثلث ، وأجاز الوارث وهو
جاهل بالزيادة .

ففي وجه لا يصح ويحمل على أقل ما يتيقن . انتهى .
وما ذكره في آخر کلامه غلط سببه نقص من بعض النسخ السقیمة ،
وصوابه ففي وجه لا يصح وفي وجه يصح ويحمل على [أقل]^(١)[ما يتيقن] .

(١) سقط من أ .

الحكم الثالث : في تصرفات السيد في المكاتب وفي تصرفات المكاتب

قوله : والجديد أنه لا يجوز بيع رقبة المكاتب ، وأجابوا عن قضية بريرة بأنها عجزت نفسها ثم اشتراطها . انتهى .

وامتناع البيع محله إذا لم يرض المكاتب بالبيع فإن رضي جاز وكان رضاه فسخاً .

كذا نقله البيهقي في كتاب البيع من «السنن الكبير» ، عن نص الشافعي وذكرها أيضاً القاضي الحسين في تعليقه ، وهي مسألة حسنة .

قوله : أما الوصية بالمكاتب فهي جائزة على القول القديم الذي يجوز فيه البيع إلى آخر المسألة .

وهذه المسألة قد وقعت فيها اضطراب عجيب سبق التنبيه عليه ، وعلى ما عليه الفتوى واضحًا مفصلاً في كتاب الوصية فراجعه .

قوله : ولا يجوز للسيد أن يبيع نجوم الكتابة على المذهب ، لأنه بيع للدين من غير من عليه ولا أن يستبدل بها في أظهر الوجهين . انتهى .

وما ذكره من امتناع بيع الدين ، فقد اختلف فيه كلامه وقد تقدم مبسوطاً في كتاب البيع ، وأما منعه للاستدلال فقد خالفه في الباب الثاني من كتاب الشفعة ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك .

والصواب جوازه ، فقد نص عليه الشافعي في «الأم» في باب فظاعة المكاتب .

فقال ما نصه : ولو حللت نجومه كلها وهي دنانير ، فأراد أن يأخذ بها منه دراهم أو عرضاً يتراضيان ويقبضه السيد قبل أن يتفرقان ، كان جائزاً ،

كما لو كانت له على رجل حُر دنانير حالة فأخذ بها منه عرضًا هذا لفظ الشافعي بحروفه ومن «الأم» نقلته .

ورأيت أيضًا في «البويطي» ما يدل عليه فإنه قال : ولو كاتب رجل عبده بعشرة دنانير وللعبد على السيد مائة درهم فأراد أن يسقط بعضه عن بعض لم يجز لأنّه دين بدين .

ولأنّ حديث ابن عمر إنما كان أحدهما ديناً والآخر نقداً . انتهى .

فتعليمه المنع بكونه ديناً بدين يدل على الجواز فيما عداه ، ووقع هذا الاختلاف أيضًا في «الروضة» على [كيفية هي أشدّ مما وقع هنا فإنه عبر في الكتابة بال الصحيح فاقتضى]^(١) أن الجواز وجه ضعيف .

قوله : وإذا ثبت لكل [واحد]^(٢) منها على صاحبه دين فإنّ كانوا قدّين واتفقا في الحلول وسائر الصفات ففيه أقوال :

أحدها : لا تقاض وإن رضي به لأنّه بيع دين بدين .

والثاني : يجوز برضى أحدهما .

والثالث : برضاهما .

والرابع : وهو المشهور كما قاله أبو الفرج الزاز أنه يحصل بمجرد ثبوت الدين . فلو تراضيا على جعل الحال قصاصاً بالمؤجل لم يجز كما في الحوالة، وحكى أبو الفرج فيهما وجهاً آخر . انتهى كلامه .

وهذا الذي حكاه وجهاً واقتضى كلامه غرابتة ، وتابعه عليه في «الروضة» هو مذهب الشافعي ، فقد نص عليه في «الأم» في باب الجنائية على المكاتب بعد ورقة من أوله في الكلام على جنائية السيد عليه .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

ولأجل ذلك قال البندنيجي : إن الأصحاب في ذلك مخالفون منصوص الشافعي لا عن قصد ولكن لقلة نظرهم في كتبه .

قوله : ولو كانا مؤجلين بأجل واحد فقد قيل هو كما لو كانا حالين ، وهذا أوجهه عند الإمام لكنه تردد في مجيء القول الرابع وقال في «التهذيب»: وال الصحيح أنهما كالمؤجلين بأجلين مختلفين . انتهى كلامه .

ذكر مثله في «الروضة» وما ذكره الإمام من التوقف في مجيء الرابع وهو السقوط بمجرد الثبوت ، وتابعه الرافعي والنwoي عليه ، واقتضى كلامهما عدم الوقوف عليه قد صرخ به القاضي الحسين في تعليقه فقال : لا خلاف أنه لا يقع التقاضي بنفس التواجد ولكن لو تراضيا على ذلك يجوز هذا لفظه بحروفه ، وحاصله أنهما يسقطان بالتراضي لا بالثبوت بلا خلاف ثم عللها بعد ذلك بأسطر ، فقال : لأنه ربما يموت أحدهما فيحل الحق عليه دون الآخر .

قوله : وإن لم يكونا نقدين فعن صاحب «التقريب» أنا إن جوزناه في النقددين ففي ذوات الأمثال وجهان ، فإن جوزناه فيها ففي غيرها وجهان ، والذي أورده العراقيون وغيرهم أن التقاضي لا يجري في غير النقددين . انتهى .

والمثليات قد نص عليها الشافعي ^{نحوئه} وحكم فيها في التقاضي .

واعلم أن كلام الرافعي والنwoي يقتضي جريان الخلاف في العروض المسلم فيها ، مع أنه ليس كذلك بلا خلاف لامتناع الاعتراض عنها ، كذا صرخ به القاضي الحسين والماوردي ونص عليه الشافعي .

قوله : وهل للموصي له بالنجوم إبراؤه [عنها] ^(١) أبدى ابن كج فيه

(١) سقط من ب .

احتمالين ويرويان عن القاضي الحسين .

أحدهما : نعم لأنه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء .

والثاني : لا لأنه ملكه استيفاء النجوم ولم يملكه تفويت الرقبة على الورثة انتهى .

لم يرجح في « الروضة » شيئاً منهما أيضاً والراجح الصحة ، فقد جزم به ابن الصباغ وصححه القاضي الحسين في تعليقه وعبر بلفظ الأصح .

قوله : ولو قال ضعوا عنه أكثر ما عليه أو أكثر ما بقي عليه وضع [عنه نصف ما عليه وزيادة وتقدير الزيادة إلى اختيار]^(١) الوارث ، ثم قال عقب هذا الكلام ما نصه : وذكر الصيدلاني أنه إذا كانت الزيادة فوق الأقل المجزيء مما زاد على ما يجزئ ابتداء عطية من قبل الوارث لأن اللفظ يتناول القليل والكثير .

قال الإمام : وهذا عندي مأخوذه عليه بل هو تفضل منهما ، ألا ترى أنهم لو اقتصروا على الأقل المجزئ لم يجز أن يقال أنهم نقصوا من الوصية . انتهى كلامه .

وهو غلط وقع في النسخ فإن حاصله اتحاد مقالة الإمام والصيدلاني وقد ذكر الإمام المسألة على الصواب ، فنقل عن الصيدلاني أن الزائد يكون وصية لا ابتداء عطية من الورثة ، ثم إنه خالقه بعد ذلك ، فإنه قال : فقال الصيدلاني : كل ما يضعونه محمول على الوصية ، ولا يكون ذلك منهم ابتداء تبرع ، فإن اسم الأكثر كما يمكن تنزيله على النصف ، وأدنى زيادة فهو محتمل لما يزيد ولهم أن يحملوا اللفظ على محتملاته والذي ذكره مأخوذه عليه ، بل ما يزيد على الأقل تفضل منهم إذ لو اقتصروا عليه لقيل

(١) سقط من أ .

إنهم لم ينقصوا من الوصية شيئاً ، وهذا الذي ذكرناه يجري في كل وصية لا يتقدر بمقدار ، فظهر بذلك إسقاط وقع في النسخ وكان الأصل فما زاد على ما يجري مجرى على الوصية ، وليس ابتداء عطية إلى آخره .

فسقط ذلك [ولما التبس ذلك على الشيخ محبي الدين أسقط المسألة بالكلية]^(١) ولو راجع « النهاية » لظاهر له الأمر ، وكان أسهل ، ولم يتقدم للمسألة ذكر في كلامه في الوصية أيضاً .

قوله : ولو قال ضعوا عنه أكثر ما عليه أو أكثر ما بقي عليه ومثل نصفه يوضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه وزيادة شيء ولو قال أكثر مما عليه أو ما عليه وأكثر وضع عنه الكل ، ولغى ذكر الزيادة . انتهى كلامه .

واعلم أن لفظة أكثر الواقعه في المسألة الأولى ، لم يقع بعدها « من » التي هي حرف جر بخلاف الواقعه في المسألة الثانية .

إذا علمت ذلك فقد سقطت المسألة الأولى من « الروضة » وسببه سقط وقع في كثير من نسخ الرافعي من لفظ أكثر إلى أكثر فوقعت للنحوى نسخة من تلك النسخ السقئمة فاختصر منها ، وهذه المسألة التى أسقطتها نص عليها الشافعى فقال : يوضع عنه أكثر من النصف بما شاؤوا أو مثل نصفه ، ومقتضاه أن يحط عنه النصف وشيء ويضعهما جمیعاً ، كذا قاله الماوردي والروياني فإذا كانت ألف درهم فاختار الوارث أن تكون الزيادة مثلاً درهماً فوضع عنه خمسمائة درهم ، ثم يوضع نصف ذلك وهو مائتان وخمسون ونصف ، فالجملة سبعمائة وخمسون درهماً ونصف ، وقال جماعة : إن الضمير في قول الشافعى ونصفه راجع إلى النصف خاصة فلا يزاد نصف الدرهم المذكور بل لو اقتصر على سبعمائة وخمسين مع زيادة شيء يسير

(١) سقط من أ .

كفى وهو الذي جزم به الرافعى .

قوله : وإن قال ضعوا عنه أوسط النجوم فتساوت النجوم في القدر والأجل حملت على العدد ، فإن كان العدد [وترًا كالثلاثة والخمسة فالأوسط واحد وإن كان]^(١) شفعاً ، فالأوسط اثنان ، كالثاني والثالث من أربعة فيعين الوارث أحدهما هكذا أطلق ابن الصباغ وغيره .

ويبجوز أن يقال الأوسط كلاماً ، فيوضعان وهذا مقتضى ما في «التهذيب» . انتهى .

ذكر في «الروضة» مثله أيضًا وفيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره ابن الصباغ هو مذهب الشافعى رحمه الله فقد نص عليه في «الأم» في باب الوصية للمكاتب في الكلام على الوصية له بأوسط النجوم .

الأمر الثاني : أنه قد تقدم من كلامه في أول العنق ما يخالف المذكور هنا وتقدم التنبية عليه هناك فراجعه .

قوله : في «الروضة» ولو قال كاتبوا أحد عبيدي أو إحدى إماءٍ في مكاتبنة الختنى الذي ظهر حاله طريقان :

المذهب : نعم .

والثاني : قولان لبعده عن الفهم ، ولو قال أحد رقيقى جاز العبد والأمة ، وكذا الختنى على المشهور . انتهى .

وما جزم به في المسألة الأخيرة من كون المسألة ذات قولين خلاف ما صححه الرافعى فإنه حکى طريقين :

إحداهما : قولان .

(١) سقط من أ .

والثانية : القطع بالإجزاء وصححها . إلا أن تعبير الرافعي فيه قلق وغموض فلذلك حصل في « الروضة » ما حصل ، ثم إن إجزاء الختني في الوصية بالرقيق أظهر منه في الوصية بالعبد أو الأمة يتصور الجزم بإثبات الخلاف في الرقيق وتصحيح الطريقة الثانية له في مسألة العبد والأمة .

واعلم أن الرافعي في أوائل الباب الثاني في أحكام الوصية قد جزم في المتألتين جميعاً بوجهين على خلاف ما صححه هنا من القطع ، وخلاف ما جزم به من كون الخلاف عند مثبتته قولين ، وتبعه عليه في « الروضة » .

قوله : الثالثة لا يشتري أحد من أصوله وفروعه ليضمنه العتق ، وفوات المال . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على هذا التعليل أيضاً ، وهو غير صحيح ، فإن القريب إذا دخل في ملكه بلا عوض كما لو ورثه أو اتهبه فإنه لا يعتق عليه بل يوقف عتقه على عتقه ، فلم يصر بملكه مقتضياً لعتقه ، والصواب في تعليله ما نقله عن الإمام بعد هذا بأوراق في آخر الحكم الرابع فقال في الكلام على امتناع فدائه : والفاء كالشراء وليس له صرف المال الذي يملك التصرف فيه إلى عرض ولده الذي لا يملك التصرف فيه ، فإنه بثابة التبرع .

قوله : ولا يبيع بالنسبيّة سواء باع بمثل قيمته أو أكثر ، وسواء استوثق بالرهن أو الكفيل أو لا ، لأن الكفيل قد يفلس والرهن قد يتلف ، ويحكم الحاكم المرفوع إليه بسقوط الدين ، ولو اشتري نسيبة بثمن النقد يجوز ، ولا يرهن فإنه قد يتلف ، ثم قال : وفرقوا بين المكاتب والولي حيث يبيع مال الطفل نسيئة ويرهن ويرتهن للحاجة أو المصلحة الظاهرة . بأن المرعي هناك مصلحة الطفل ، والولي منصوب لينظر له .

وهاهنا المطلوب العتق والمرعي مصلحة السيد والمكاتب غير منصوب

لينظر له ، وقد ذكرنا في كتاب الرهن أن بعضهم سوى بينه وبين الولي في البيع نسيئة وفي الرهن والارتهان ، لكن الذي أطبق عليه عامة الأصحاب ، وأورده هنا المنع ويشبه أن يتوسط فيقال : إن دعت ضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب فله ذلك حفظاً للمال ، وإن كان يرى فيه مصلحة ، لم يكن منه ، لأنه ليس ناظراً للسيد . انتهى ملخصاً .

وما ذكره هنا من منع الرهن والارتهان ومنع البيع بالنسيئة ، قد خالفه في كتاب الرهن .

وصحح الجواز في المتأتتين ، وأن حكمه حكم الولي ، وتبعه في «الروضة» على الموضعين وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : وإذا باع أو اشتري لم يسلم ما في يده حتى يتسلّم العوض لأن رفع اليد عن المال بلا عوض نوع غرر . انتهى .

وهذا الذي أطلقه ، قيده ابن الرفعة بما إذا كان العوض في غير المجلس ، وجزم فيما إذا كان في المجلس بالجواز ثمناً كان أو مثمناً ، وعلمه بقوله لأن ذلك يعسر ضبطه .

قوله : في «الروضة» : واجمِعُوك على أن في خلع المكاتب بالإذن قولين أظهرهما الصحة . انتهى .

وما ذكره هنا من تصحيح الصحة ، قد خالفه في كتاب الخلع وقد سبق ذكر لفظه هناك وأن الصواب ما ذكره في هذا الموضوع .

قوله : وإعْتاق المَكَاتِبَ بِإِذْنِ السَّيِّدِ غَيْرَ نَافِذٍ فِي أَصْحَاحِ القَوْلَيْنِ ، لَأَنَّ الْمَكَاتِبَ لَيْسَ أَهْلًا لِللوَلَاءِ .

ونص الشافعي والأصحاب على أن الكتابة كالإعْتاق ، وللإمام في ذلك احتمالان من غير ترجيح . انتهى .

ذكر في « الشرح الصغير » ما حاصله الجواز . فقال :
وفي الإعتاق طريقان :
أظهرهما : أنه على القولين .

والثاني : القطع بالمنع ، هذا لفظه ولم يذكر غيره .

وقد صحق النووي أيضًا في « الروضة » و « المنهاج » أنه لا يجوز ،
وصحح في « تصحيح التببيه » الجواز فإن الشيخ حكى قولين في مسائل
كثيرة منها العتق والكتابة فصحح - أعني النووي - في كلها أنه يجوز ، فقال
ما نصه : وصححة تبرعات المكاتب بإذن .

قوله : فإن قلنا بنفوذ العتق ، ففي قول ولاؤه للسيد والأظهر : أنه
موقوف ، فإن عتق كان الولاء له ، وإن مات ريقًا كان للسيد ، وإن عجز
ورق فحكي الإمام أنه يبقى التوقف لأنه يرتفع عنقه من وجوه آخر .

واعتراض عليه بأن الكتابة قد انقطعت والعتق من وجه آخر لا يتعلق بما
سبق والذي اعترض به هو الذي يوجد لعامة الأصحاب لاغير . انتهى .

وما نقله عن الأصحاب لاغير قد تابعه عليه في « الروضة » وعبر بقوله
قطع به الأصحاب ، لكن الذي ذكره الإمام ، قد أبداه القاضي الحسين في
تعليقه احتمالاً .

قوله : [فلو مات [^(١)]] المعتق قبل موت المكاتب وعوده إلى الرق
فالميراث موقوف أيضًا ، وفي قول : إنه للسيد ، لأن الولاء قد يثبت
الشخص ثم يتقل عنه ، فلا يبعد فيه التوقف بخلاف الميراث ، وفي قول
ثالث : إنه لبيت المال : كما إذا كاتب الذمي عبداً ولحق بدار الحرب فاسترق
وعنق مكاتبه ومات ، صرف ماله لبيت المال . انتهى .

(١) سقط من أ .

وتعبيره في أول الكلام بقوله قبل موت المكاتب وعوده إلى الرق ، قد ذكره أيضًا في « الروضة » وهو تحريف ، وصوابه قبل عتق المكاتب ، فإن ذلك بيان لما أخبر عنه قبل ذلك ، بقوله : فإن عتق المكاتب كان الولاء له ، وإن مات رقيقاً كان للسيد ، فذكر هنا الحكم فيما إذا مات قبل الأمراء .

ولهذا عبر في « المذهب » بقوله قبل عجز المكاتب أو عتقه .

قوله : وإن أذن السيد للمكاتب في وطء الجارية وتسريرها ، فقد بني ذلك على أن العبد هل يملك بالتمليك ؟ إن قلنا لا ، لم يحل له الوطء ولا التسري وهو الأصح .

وإن قلنا : نعم فقيل يحل ، وقيل ينبغي على الخلاف في تبرعاته بالإذن .

وعن ابن أبي هريرة طريقة قاطعة بالمنع لضعف الملك . انتهى كلامه .

وحاصله تصحيح المنع ، ولهذا عبر عنه في « الروضة » بقوله المذهب منعه ، وذكر قبيل كتاب الصداق بأوراق قلائل ما يخالفه فقال في الكلام على تزويع العبد : إن فيه قولين مبنيين على الخلاف في تبرعاته . انتهى .

وعبر في « الروضة » عنه بقوله فيه القولان في تبرعاته ، وهو أظهر في المخالفة وذكرها أيضًا في « زوائده » ، في آخر باب معاملات العبد ، وعبر بمثل ما عبر في النكاح .

والصواب المنع ، فقد نص عليه الشافعي فقال في البوطي في باب الكتابة ولا يتسرى الملوك ولا المكاتب وإن أذن له سيده ، وقال في « الأم » في أول باب تسرى المكاتب ما نصه : قال الشافعي وليس للمكاتب أن يتسرى بإذن سيده ولا بغير إذن سيده .

وذكر أيضًا مثله في باب ما اكتسب المكاتب فقال : وليس للمكاتب أن

يتسرى وإن أذن له سيده . انتهى ومن « البوطي » و « الأم » نقلت .

وليس المنع في التسري لكون الشافعى يمنع المحاباة ، بل منع ذلك مع التصريح بجواز غيره من التبرعات كما صرخ به في « الأم » في مواضع من باب بيع المكاتب وشرائه فاعلمه .

وما ذكره الرافعى هنا من البناء على أن العبد هل يملك أم لا ؟ قد ذكره أيضاً في مواضع ومقتضاه الخلاف في أن المكاتب هل يملك ؟ وقد صرخ به غيره ، وحذف النووى البناء المذكور .

قوله : ولو أذن له في التكبير بالإطعام أو بالكسوة ففيه قولان . انتهى .

لم يصحح شيئاً في « الروضة » أيضاً وال الصحيح هو الجواز .

من صححه السنوى في « تصحيح التنبيه » فإن الشيخ حكى فيه وفي غيره قولين من غير ترجيح ، فعبر النوى بلفظ جامع للكل ، وحكم عليه بالصحة ، وصرح بتصحیحه أيضاً ابن الرفعة في « الكفاية » ، وعبر بالأصح .

قوله : ولو أذن في التكبير بالإعتاق [وصححنا إعتاقه بالإذن ووقفنا في الولاء فنتوقف في الإجزاء أيضاً فإن عجز بان أنه لم يجزئه وعليه أن يكفر بالصوم والظاهر أنه لا يجوز تكفيره بالإعتاق] ^(١) ، وعن القفال أنه إذا عتق بإذن السيد ، وجعلنا الولاء للسيد فينبغي أن يجزئ عن كفارته إذا نوى . انتهى كلامه .

واعلم أنه قد سبق في آخر الباب الثاني من كتاب الأيمان ما يخالف المذكور هنا فنقل ما حاصله ، أنا إذا صححنا العتق بإذنه أجزأ التكبير مطلقاً ، سواء قلنا الولاء له أو للسيد أو موقف .

(١) سقط من أ .

واعلم أن حاصل ما ذكره الرافعى في تكثير المكاتب بالإعتاق ثلاثة أقوال :

الأول : عدم الإجزاء مطلقاً وهو الصحيح .

والثاني : الإجزاء .

والثالث : الوقف ، وقد اختصره في « الروضة » بعبارة لا يعلم منها الثالث ، فقال : لم يجزئه على المذهب ، هذا لفظه من غير زيادة .

قوله : ولو اشتري المكاتب بعض من يعتق على سيده أو اتهبه وقبل الوصية ، ثم رق عتق ذلك الشخص على السيد ، وهل يسرى إلى الباقي ؟ إن كان موسرًا ينظر إن عجز المكاتب نفسه بغير اختيار عجزه السيد فوجهاً لأن المقصود فسخ الكتابة والملك يحصل قهراً . انتهى .

لم يصحح في « الشرح الصغير » ولا في « الروضة » أيضًا شيئاً من الوجهين ، وال الصحيح أنه لا يسري كذا رجحه الرافعى في العتق في الكلام على الشرط الثاني من شروط السراية وهو الاختيار . فقال : أشبههما لا ، ويحكى عن ابن الحداد هذا لفظه ، وقال في « الروضة » هناك : إنه الأصح .

قوله : ولو اتهب العبد القني بعض من يعتق على السيد بغير إذنه وقلنا بال صحيح أنه يصح اتهابه بغير إذن سيده . ولم يتعلق به لزوم النفقة ، ففي صحة القبول قولان :

أحدهما : لا يصح لأنه يعتق عليه ذلك البعض ويسري . وفي التقويم على السيد إضرار به .

وأظهرهما : أنه يصح ولا يسري لحصول الملك بغير اختياره كما لو ورث .

ثم قال : وفي « الوسيط » وجه آخر أنه يصح ويعتق ويسري ويجعل

اختيار العبد كاختياره ، كما يجعل قوله كقبوله ولم أجد هذا الوجه في «النهاية» . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من تضييف عدم السراية حتى أنه أنكره ذكره أيضاً في «الشرح الصغير» بعبارة هي أبلغ في الإنكار مما ذكره هنا فقال : والذي حكاه الغزالى لا ذكر له في «الوسط» ولا في غيره هذا لفظه ، والذي قاله غريب جداً ، فقد جزم هو في كتاب العتق بما أنكره هنا ، فقال في آخر الخاصة الثانية من خواصه : ولو وهب من العبد بعض من يعتق على سيده فقيل : وقلنا : لا يفتقر قبوله إلى إذن السيد ، عتق الموهوب على السيد وسرى لأن قبول العبد كقبوله شرعاً هذا لفظه بحروفه ، ووقع هذا الاختلاف العجيب في «الروضة» أيضاً ، غير أنه لما ذكر ما في العتق استشكله فقط ، فقال : قلت هذا مشكل ، وينبغي أن لا يسري لأنه قهري كالإرث والله أعلم .

واقتصر في «الشرح الصغير» على ذكر المسألة في هذا الباب .

قوله : في «الروضة» : فرع : وهب للمكاتب بعض أبيه فقبله وصححنا قوله فعتق المكاتب عتق عليه ذلك الشقص .

فهل يقوم عليه الباقى ؟ إن كان موسراً وجهاً : أصحهما نعم قاله ابن الحداد ، وصححه الشيخ أبو علي ومنع القفال . انتهى .

لم يصحح الرافعي شيئاً وإنما نقله عن تصحيح الشيخ أبي علي .

قوله : أيضاً فيها : فرع : اشتري المكاتب ابن سيد . ثم باعه بأبي السيد صاح وملك الأب فإن رق المكاتب صار الأب ملكاً للسيد ، وعتق عليه وإن وجد به عيباً لم يكن له الرد ، وله الأرش ، وهو جزء من الثمن ، فإن نقص العيب عشر قيمة الأب ، رجع بعشر الابن الذي هو الثمن ويعتق ذلك العشر ، ولا يقوم الباقى على السيد إن كان المكاتب عجز نفسه ، وكذا إن عجزه

سيده على الأصح . انتهى .

وهذا التصحيح إنما نقله الرافعي عن الشيخ أبي علي فقط كالمسألة قبلها ثم نقل بعده عن الإمام وجهين في أن الأرش هل ينقلب إليه قهراً أم لا يملكه إلا بالاختيار ؟ فإن قلنا بالأول ففيه وجهان ، وإن قلنا بالثاني فالظاهر السراية هذا كلامه .

قوله فيها : فلو وطء المكاتب جاريته فولدت قبل عتقه ، فالولد نسيب يتوقف عتقه ، على عتق أبيه ، ولا تصير الأمة مستولدة في الحال على المذهب ، فإن عتق فقي مصيرها أم ولد قولان ، ثم قال : وإن ولدته بعد عتقه فإن كان بدون ستة أشهر كان كما لو ولدته قبل العتق ، وإن كان لستة أشهر فأكثر من يومئذ ، فقد أطلق الشافعي رحمة الله أنها تصير مستولدة .

وللأصحاب طريقة أصحهما أن هذا إذا وطيء بعد الحرية ، وولدت لستة أشهر فصاعداً من حين الوطء لظهور العلوق بعد الحرية .

والولد والحالة هذه لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه ، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليباً للحرية ، فاما إذا لم يطأها بعد الحرية فالاستيلاد على الخلاف .

والثاني : يثبت الاستيلاد وطء بعد الحرية أم لا لأنها كانت فراشاً قبل الحرية والفراش مستدام بعدها ، وإمكان العلوق بعدها قائم فيكتفي به . انتهى كلامه .

أما القولان المذكوران في الاستيلاد من غير ترجيح ، فالصحيح منها عدم الثبوت فإنه صحيح ذلك في « المحرر » و « المنهاج » ولم يفصل بين ما قبل العتق وما بعده وهو مقتضى كلام الرافعي في « الشرحين » لمن تأمله ، وأما التصحيح الذي ذكره في الطريقين المذكورين بعد ذلك فليس للرافعي ، إنما نقله عن البغوبي خاصة .

الحكم الرابع

في ولد المكاتب

قوله : وولد المكاتب من نكاح أو زنا يثبت له حكم الكتابة . وفي قول لا . فعلى الأول يكون الملك فيه للسيد في أظهر القولين لكن يوقف كسبه ، وأرش الجنابة عليه فإن عجزت الأم فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها المرقوق ، و تستعين به في أداء النجوم فهل تجاب ؟ قولهان أظهرهما المنع . انتهى .

لم يصحح الرافعي شيئاً من القولين ، وإنما نقله عن تصحيح الإمام .
 قوله : وأما ولد المكاتب من جاريته فملك للمكاتب يتكاثب عليه ، وإذا عتق وكان له كسب كان للمكاتب لا للولد ، ولو جنى هذا الولد ، وتعلق الأرش برقبته فقد حكى الإمام عن العراقيين أنه إن كان له كسب فله أن يفديه ، وإن لم يكن له كسب وأراد أن يتبعه فله أن يتبع جميعه ، وإن زاد على قدر الأرش ثم يصرف قدر الأرش إلى المجنى عليه ، ويأخذباقي ثم غلط من صار إليه ، وقال : الصحيح أنه لا يفدي ولده وأن يفديه من كسبه لأن كسب الولد كسائر أموال الكتابة والفاء كالشراء ، وليس له صرف المال الذي يملك التصرف فيه إلى عرض ولده . الذي لا يملك فيه التصرف ، فإنه بمثابة التبرع . قال : وال الصحيح أنه إذا باع لا يتبع منه إلا قدر الأرش كالمرهون . انتهى كلامه .

فأما فداء الولد فالصحيح فيه المنع كما قاله الإمام . كذلك جزم به الرافعي قبل هذا بأوراق في الفصل العقود لتصرفات المكاتب في الكلام على شراء القريب .

وأما الذي قاله ثانياً وهو أنه لا يتبع إلا قدر الأرش فإنه الصحيح أيضاً، نص عليه الشافعي في «الجامع الكبير» كذا نقله العمراني في «الزوائد» وحكى عن الشيخ أبي حامد وجهين : أحدهما : هذا .

والثاني : أن الأرش لا يتعلق برقبته ولا بباع لأن الشرع قد منع من بيع الآباء والأبناء وجزم في «الشامل» أيضاً بأننا إنما نبيع الجميع عند تذرع بيع البعض .

وقد علمت بما ذكرناه أن إطلاق الإمام النقل عن العراقيين غير مستقيم، وقد تفطن له الرافعي بعد ذلك في أثناء الحكم الخامس فاستدرك على الإمام فقال : ولا يوجد هذا في كتبهم على هذا الإطلاق لكن قالوا بباع منه بقدر الأرش ، فإن لم يتيسر بيع كله ، وأدى من ثمنه الأرش والفضل للسيد هذا كلامه .

واعلم أن قول الرافعي أنه يتكاتب عليه مع ما ذكره في الكسب من كونه للمكاتب لا للولد لا يستقيم .

قوله : في «الروضة» في المسألة : فإذا فداء لا ينفذ تصرفه بل يتكاتب عليه كما لا ينفذ إذا اشتراه . انتهى كلامه .

وهو عجيب من وجوه ، منها أنه قد سبق ذكره قبل هذا بأحرف .

ومنها أنه عقبه بكلام الإمام والإمام مانع للفداء ، فتأمل كلام «الروضة» يظهر لك خلل واضحًا ، فإنه يظهر بتذكر جملة كلامه ، ولو لا خشية الإطالة لذكره لكن فيما ذكرته تنبئه عليه ، والسبب في ما وقع فيه التوسي أن الغزالى في «الوجيز» ذكره تعليلاً لمنع الفداء ، وتوجيهًا في إلهاقه بالشراء فتكلم الرافعي عليه عقب فراغ المسألة على عادته في ألفاظ «الوجيز» فظن المصنف أنها مسألة لم تقدم فنص عليها فوق في الخلل .

قوله : وولد المكاتب من عبدها يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته وأولاد [أولاد^(١)] المكاتب كأولادها ، انتهى كلامه .

والمسألة الأخيرة وهي الكلام على أولاد الأولاد ، قد أسقطها النووي من « الروضة » وذلك لأن كثيراً من نسخ الرافعي قد سقط منها لفظ أولاد من قوله أولاد أولاد فوقعت تلك النسخة للنوعي فرأى الكلام غير منتظم فأسقطه .

قوله : والأمة المشتركة إذا كاتبها المالكان ثم وطئها أحدهما ، وهو معسر فحبلت منه ومات الواطاء بعد فسخ الكتابة عن النصف والباقي قن ، وفي الولد وجهان . قال ابن أبي هريرة : ينعقد كله حراً ، وقال أبو إسحاق نصفه حر ونصفه رقيق ، وفي « التهذيب » أن هذا أصح ، انتهى .

وهذه المسألة قد اختلف فيها كلام الرافعي وكلام « الروضة » من وجهين أحدهما في أن الخلاف وجهان أو قولان ، والثاني في الأصح من الخلاف ، وقد أوضحت الأمرين في كتاب السير .

قوله : في المسألة في « الروضة » وإن كان موسراً سرى الاستيلاد بعد عجز المكاتب نفسه وفي قول في الحال فعلى هذا يجب على الواطيء للشريك نصف مهرها ، ونصف قيمتها ، وأما قيمة نصف الولد ففي وجوبه قولان . انتهى .

واعلم أن تعبيره في الأم بنصف القيمة وفي الولد بقيمة النصف غير مستقيم بل الصواب التسوية بينهما في التعبير ، وقد عبر الرافعي فيهما بنصف القيمة فعدل المصنف عنه في أحدهما دون الآخر وهو غريب .

وقد تقدم ذكر المسألة أيضاً في العتق في آخر الكلام على السراية ، وتقدم أيضاً هناك الفرق بين العبارتين .

(١) سقط من ب .

قوله : أيضاً في المسألة فلو وطئها معاً وأتت بولدين واتفقا على أن هذا من ذا وذاك من ذلك ، واتفقا على السابق منهما نظر ، إن كانا موسرين أو الأول فقط صارت مستولدة للأول .

ثم قال : وأما الثاني فإن وطئها بعد ما صار جميعها مستولدة للأول .

وهو عالم بالحال لزمه الحد وولده رقيق وإن كان جاهلاً ، فالولد حر عليه تمام قيمة الولد يوم الوضع ، ويكون جميعها للأول إن ارتفعت الكتابة في نصيبه ، وإن بقيت فنصف المهر له ونصفه للمكاتبة .

ونصف قيمة الولد ونصفها على الخلاف في ولد المكاتبة ، انتهى كلامه .
وما ذكره في آخره بالنسبة إلى قيمة الولد كلام ناقص ، وكأنه سقط منه لفظة واحدة وهي له ، ويكون أصله ونصف قيمة الولد له ونصفها على الخلاف .

وقد اشتبه ذلك على الناوي فحذف النصف الثاني فقال : ونصف قيمة الولد على الخلاف ، هذا لفظه وهو غريب حيث تكلم على نصف دون نصف .

الحكم الخامس في جنائية المكاتب والجنائية عليه

قوله : أحدها إذا جنى المكاتب على أجنبي فطولب بالأرش فدى نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجنائية .

والقديم أنه بأرش الجنائية بالغاً ما بلغ فإن لم يكن في يده مال بيع في الجنائية ولو أعنته السيد ، أو أبرأه من النجوم لزمه الفداء لأنه فوت متعلق حق المجنى عليه ، ثم قال : وهم يفديه السيد ؟ فيه طريقة : أحدهما : أنه على القولين .

والثاني : القطع بأنه يفديه بالأقل بخلاف حال بقاء الكتابة ، فإن الرق باق ولو بيع فربما رغب فيه راغب بأكثر من قيمته . انتهى .

تابعه في « الروضة » على عدم الترجيح لشيء من الطريقين ، والأصح هو طريقة القطع كذا صححه الرافعي في العبد القرن إذا جنى فأعنته سيده ، مع أنه أقرب إلى البيع من المكاتب ، وفي المكاتب بطريق الأولى . كذا ذكره الرافعي في أواخر الجنائيات قبيل الكلام على الغرة .

قوله : الثانية إذا جنى المكاتب على عبد سيده أو على طرفه فعفي المستحق على مال أو كانت الجنائية موجبة للمال تعلق الواجب بما في يده لأن السيد مع المكاتب في المعاملات ، كال الأجنبية مع الأجنبية ، فكذلك في الجنائية ، وما الذي يلزم المكاتب ، أيلزم الأرش بالغاً ما بلغ أو الأقل ؟ فيه القولان المذكوران في الجنائية على الأجنبية .

فإن قلنا يلزم الأرش بالغاً ما بلغ ، وكان أكثر من قيمته . فعن الشيخ أبي حامد أن له أن يفدي نفسه به وعن القاضي أبي الطيب أن فيه الخلاف في هبته من سيده .

قال ابن الصباغ ، وهذا يقتضي أن يقال للسيد أن يمتنع من القبول ؛ لأنه لا يلزمه قبول الهبة ، وعندني أنه يلزمها القبول إذا أمكنه أداؤه ، وأداء مال الكتابة . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من اشتراط أداء مال الكتابة ، مقتضاه أنه لا فرق فيه بين الحال والمؤجل ، وليس كذلك بل العبرة بالحال خاصة .

كذا صرخ به في غير هذا الموضع ، ثم إن المصنف لم يستوف كلام ابن الصباغ على وجهه ، فإنه قال : وعندني أنه يلزمها أي السيد قبول ذلك ، لأن المكاتب لا يمكنه أن يفدي نفسه إلا بذلك فإذا أمكنه أن يؤدي ذلك ويؤدي ما عليه من الكتابة لم يكن للسيد الامتناع ، وإن كان ما بيده لا يفي بما عليه ، كان للسيد مطالبته وتعجيزه ، فإذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجنابة ، لأنه عاد قاتلاً . هذا كلامه ، وما ذكره أيضاً من سقوط الأرش ، قد حصل فيه اضطراب أو ضحته في الباب الثالث من أبواب الرهن .

قوله : وإذا عجز بسبب الأرش أو النجوم ورق فهل يسقط الأرش أو يكون في ذمته إلى أن يعتق ؟ فيه وجهان :

أظهرهما الأول ، وهو كالوجهين في ما لو كان له على غيره دين فملكه هل يسقط ؟ انتهى كلامه .

وقد ظهر لك مما ذكرناه في المسألة السابقة اختلاف كلام الرافعي في هذه المسألة .

قوله : ولو وجب للسيد على المكاتب مال بسبب جنابة ، ثم اعتقه أو أبرأه عن النجوم فإن لم يكن في يده شيء سقط الأرش ، لأنه أزال الملك عن الرقبة ، التي كانت متعلق الأرش وإن كان في يده مال فوجهان : أحدهما : لا يتعلق الأرش به ، لأن الأرش كان متعلقاً بالرقبة [وقد

تلفت وأظهرهما المنع والتوجيه المذكور منوع . بل الأرش متعلق بالرقبة [١] وبما في يده . انتهى كلامه ملخصاً .

وما ذكره هنا من أن هذا المال الذي للسيد متعلق برقبة المكاتب ، قد ناقضه بعد هذا بنحو عشرة أسطر ، فقال : ثم ظاهر ما رددوه في هذا الموضع ونص عليه الشافعي أنه يجب الأرش باللغى ما بلغ ، ثم قال مانصه : وفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا جنى على أجنبي ، ثم أدى النجوم حيث ذكرنا خلافاً في ما يجب عليه بأن الواجب في الجنائية على السيد لا يتعلق برقبة المكاتب ، وإنما هو في ذاته فيجب بكماله كما لو جنى حر على حر ، وأرش الجنائية على الأجنبي يتعلق بالرقبة ، فجاز ألا يزاد عليها ومنهم من طرد القول الآخر ، وهو وجوب أقل الأمرين ، وقال : العتق لا يغير ما تقدم وجوبه ، هذا كلامه وهو عجيب سلمت منه « الروضة » ، فإنه لم يذكر الثاني .

قوله : الثالثة عبد المكاتب إذا جنى على أجنبي ، وتعلق المال برقبته ، يباع فيها إلا أن يفديه السيد ، انتهى .

ويستثنى من إطلاق الفداء ما إذا كان العبد آبقاً ، فإنه لا يجوز فداؤه ، كذا نقله البندنيجي في التعليق عن نص الشافعي وهو ظاهر .

قوله : وإذا أفاء السيد فداء الأقل من الأرش ومن قيمته ، وفي قول بالأرش ثم قال ثم ظاهر لفظ المختصر أنه تعتبر قيمة العبد يوم الجنائية ، لأنه يوم تعلق الأرش وعن ابن خيران أنه يجيء قوله آخر ، أنه تعتبر قيمة يوم الاندماج بناء على أنه وقت المطالبة بالمال .

وحكى عن القفال أنه تعتبر قيمة يوم الفداء لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه ، ويستدlim الملك فيه يومئذ ، وذكر القاضي ابن كج أن المذهب اعتبار

(١) سقط من أ .

أقل القيمتين من قيمته يوم الجنایة ، وقيمة يوم الفداء احتياطياً للمكاتب ، وإبقاء للمال عليه ، ونسب هذا إلى لفظه في « الأم » . انتهى كلامه .

[وظاهره رجحان أقل القيمتين . فإن توقف متوقف في أخذه من هذا الكلام [^(١) لم يؤخذ منه ترجيح غيره قطعاً .

إذا علمت ذلك فقد أغرب في « الروضة » فصلح الأول فقال ما نصه : الأصح ، وظاهر نصه في المختصر يوم الجنایة ، ثم ذكر ما في كلام الرافعي فاعلمه .

قوله : وإذا ثبت للمكاتب قصاص فعفي عنه مجاناً سقط القصاص ، ثم إن قلنا موجب الحمد لأحد الأمرين لم يسقط المال إن عفي بغير إذن السيد ، وإن عفي بإذنه فيه الخلاف في تبرعه بالإذن ، وإن قلنا موجب العمد القصاص إلى آخره .

واعلم أن النموي في « الروضة » قد أسقط التفرير على القول الأول وهو الموجب لأحد الأمرين وكأنه سقط من نسخه من موجب العمد إلى موجب العمد ، أو انتقل نظره منه إليه .

قوله : في « الروضة » : وحيث يثبت المال للمكاتب بالجنایة على طرفه ، فهل يستحق أخذه في الحال أم يتوقف على الاندماج ؟ قوله كالجنایة على الحر ، وقيل : يستحقه في الحال قطعاً ، مبادرة إلى تحصيل العتق . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن جزمه في الحر بطريقة القولين مخالف لما ذكره في كتاب الجنایات ، في آخر باب القصاص في الأطراف ، فإنه حتى هناك طريقتين وصح طريقة القطع بأنه يتوقف على الاندماج وقد ذكرت لفظه فراجعه .

(١) سقط من أ .

الأمر الثاني : إذا فرعننا على أن المكاتب يستحق الأخذ في الحال ، فهل يختص ذلك بما إذا ترب العتق على المأخذ بأن كان وافياً بالذي عليه ، أو لا يختص به .

فيه وجهان من غير ترجيح ، حكاهما الرافعي في الجنایات في الموضع المشار إليه عن النهاية وحذفهما النووي من هناك ، ظنناً منه أنهما يذكران في هذا الموضع فلزム خلو « الروضة » عن هذه المسألة .

قوله : ولو جنى على طرف المكاتب عبده فله القصاص ، وإن كانت الجنایة خطأ أو عفي على مال ، فلا يثبت له على عبده مال .

وهل له أن يبيع منه بقدر الأرش ؟ فيه الوجهان المذكوران ، في ما إذا جنى ابن المكاتب الذي يكتب عليه على عبد آخر ، انتهى كلامه .

وقد أسقط النووي من الروضة المسألة الأخيرة ، وهي مسألة البيع .

كتاب عتق أمهات الأولاد

قوله في أصل «الروضة» : فإذا قلنا بالذهب لأنه لا يجوز بيعها فقضى بجوازه قاض فحکي الروياني عن الأصحاب أنه ينقض قضاوته وما كان فيه من خلاف بين الفرق الأول فقد انقطع ، وصار مجمعًا على منعه ، ونقل الإمام فيه وجهين . انتهى كلامه .

ومقتضاه رجحان النص ، وقد تقدم من كلامه في الباب الثاني المعقود لجامع آداب القضاء في الكلام على ما ينقض من الأحكام ، ما يخالف ذلك وقد تقدم ذكره هناك مبسوطًا فراجعه .

قوله : وللأصوليين خلاف في أنه هل يتشرط لحصول الإجماع انقراض العصر ؟ ثم قال : ولأصحابنا أيضًا وجهان . في ما إذا اختلف الصحابة في مسألة ، ثم اجتمع التابعون على أحد القولين ، هل يرتفع به الخلاف الأول ؟ انتهى .

والصحيح أنه يرتفع فقد قال الغزالی في «المنخول» وابن برهان في «الأوسط» : إنه مذهب الشافعی ، وقال إمام الحرمين في «البرهان» : ميل الشافعی إليه ، قال : ومن عبارته الرشيقة في ذلك أن المذاهب لا تموت بموت أصحابها .

وقال النووي في كتاب الجنائز من «شرح مسلم» في الكلام على الصلاة بعد الدفن : إن الأصح أنه إجماع ، وكأنه قلد فيه بعض الأصوليين .

قوله : أيضًا في الروضة في تزویجها أقوال أظهرها : للسيد الاستقلال به لأنه يملک إجازتها ووطئها كالمذيرة .

والثاني : قاله في القديم لا يزوجها برضاهـا .

والثالث : لا يجوز وإن رضيت ، انتهى كلامـه .

وما ذكره هنا من كون الخلاف أقوالـاً ، قد ناقشه في كتاب النكاح في الباب الخامس منه فجعلـه وجوهـاً ، وذكر مثلـه في « المنهـاج » أيضـاً ، ولم يقع في كلامـ الرافعي اختلاف كما تقدم بسطـه هنـاك .

قولـه : وهـل للكافـر تزوـيج مستـولـته ؟ فيه وجـهـان حـكاـهما الصـيدـلـانـي وهو الـذـي أـجـابـ به القـفالـ .

أـحـدهـما : لا لـانـقطـاعـ المـواـلاـةـ .

والـثـانـي : نـعـمـ لـكـونـهـ مـالـكـاـ ، وـذـكـرـ عـلـىـ الـوـجـهـ الـأـوـلـ أـنـ القـاضـيـ لا يـزـوـجـهاـ ، وـعـنـ أـبـيـ إـسـحـاقـ أـنـ الـحـاـكـمـ يـزـوـجـهاـ إـذـاـ أـرـادـهـ الـمـسـتـولـةـ ، وـكـذـلـكـ إـنـ أـرـادـ السـيـدـ . اـنـتـهـىـ .

وـالـأـصـحـ أـنـ الـكـافـرـ لا يـزـوـجـ الـمـسـتـولـةـ بـقـوـلـهـ أـصـحـهـمـاـ لـاـ وـبـهـ قـطـعـ القـفالـ هـذـاـ لـفـظـهـ وـالـذـيـ دـلـتـ عـلـيـهـ عـبـارـةـ الرـافـعـيـ أـنـ القـفالـ أـجـابـ أـيـضـاـ بـالـوـجـهـيـنـ .

قولـهـ : وـعـنـ أـبـيـ إـسـحـاقـ أـنـ أـمـ وـلـدـ الـذـمـيـ إـذـاـ أـسـلـمـتـ تـكـونـ أـحـقـ بـحـضـانـةـ الـوـلـدـ مـاـ لـمـ تـزـوـجـ ، وـإـذـاـ تـزـوـجـتـ صـارـ الـأـبـ أـحـقـ بـالـوـلـدـ ، إـلـاـ أـنـ يـكـونـ الـوـلـدـ مـمـيـزاـ وـيـخـافـ أـنـ يـفـتـنـهـ فـيـ دـيـنـهـ فـلـاـ يـتـرـكـ عـنـهـ . اـنـتـهـىـ .

وـالـذـيـ نـقـلـهـ هـنـاـ عـنـ أـبـيـ إـسـحـاقـ مـنـ ثـبـوتـ الـحـضـانـةـ لـلـأـبـ ، وـأـقـرـهـ عـلـيـهـ خـلـافـ الـمـعـرـوفـ فـإـنـ الصـحـيـحـ أـنـ لـاـ حـضـانـةـ لـكـافـرـ عـلـىـ مـسـلـمـ ، وـقـدـ استـدرـكـهـ عـلـيـهـ فـيـ «ـ الرـوـضـةـ »ـ .

قولـهـ : فـيـ فـتاـوىـ الـقـفالـ أـنـ الـعـبـدـ إـذـاـ أـوـلـدـ جـارـيـهـ اـبـنـهـ الـحـرـ لـاـ حـدـ عـلـيـهـ ، وـثـبـتـ النـسـبـ ، وـلـاـ يـثـبـتـ الـاستـيـلـادـ وـأـنـ الـمـكـاتـبـ إـذـاـ أـوـلـدـ جـارـيـهـ وـلـدـهـ فـيـحـتـمـلـ يـنـبـئـيـ ثـبـوتـ الـاسـتـيـلـادـ عـلـىـ الـخـلـافـ الـمـتـقـدـمـ فـيـ جـارـيـهـ نـفـسـهـ . اـنـتـهـىـ .

تابعه في « الروضة » على ذلك ، فاما ما نقله عن القفال أولاً فقد أهمل منه ثبوت حرية الولد ، فإن القفال أفتى أيضاً به .

كذا حكاه الرافعي عنه في أواخر النكاح في الكلام على وطء الأب جارية ولده ، وحکى معه وجهاً آخر ، أنه لا يثبت ولم يصح منهما شيئاً وأما ما نقله ثانياً من احتمال التخريح المذكور ، فقد جزم به الرافعي أيضاً في الموضوع المشار إليه .

قوله : وإذا أولد جاريته المحرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاورة ولزمه التعزير وفي قول الحد ، ثم قال ما نصه : وعلى القولين لو أولدتها يكون الولد حرّاً نسبياً وتصير هي مستولدة .

قال الأصحاب : ولا يتصور اجتماع هذه الأحكام مع وجوب الحد ، إلا في هذه الصور على أحد القولين . انتهى كلامه .

وبه تم أيضاً كتابه رحمة الله ، فيه أمران :

أحدهما : أن ما جزم به هاهنا من كونه حرّاً نسبياً مع القول بوجوب الحد ، قد صبح خلافه في موضوعين أحدهما في أواخر النكاح في الفصل المعقود ، لوطء الأب جارية ابن . والثاني في باب حد الزنا في الكلام على وطء الشبهة وقد سبق لفظ كل من الموضوعين في بابه فراجعه .

ووقدت الموضع الثالثة في « الروضة » على هذا الاختلاف الواقع هنا .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من هذه الأحكام وهي الحرية والنسب ، والاستيلاد لا يتصور اجتماعها مع الحد على قول إلا في هذه الصور غريب بل يتتحقق مما نقله الرافعي في باب حد الزنا ، وفي الكلام على وطء جارية الولد مسائل أخرى :

إحداها : إذا وطئ الأب جارية ولده واستولدها ولم تكن مستولدة ابن .

ثانيها : إذا أولد الرجل جاريته المشتركة .

ثالثها : إذا أولد جاريته المزوجة .

رابعها : إذا أولد جاريته المعتدة من زوجها .

خامسها : إذا أولد أمته المحبوسة (١) أو المبتوطة .

سادسها: إذا أولد الذئب أمهات التي أسلمت قبل أن تبع عليه .

سابعها: أن يولد أمهه المحرمة عليه تحریماً مؤبداً بنسب أو رضاع أو هرة.

فجميع ما ذكرناه يثبت فيه الحرية والنسب والاستيلاد مع وجوب الحد على قول كما تلخص في الموضعين المشار إليهما من كلامهما معاً خطأ في المخطوطة وأراضهما ونفعنا ببركاتهما وحشرنا وإياهما في زمرة نبيه ومستقر رحمته .

نَمَ الْكَلَابِ

والله الموفق للصواب ، والمسئول من الله النفع لي ولوالدي ولأحبابي ،
وسائل المسلمين وأن لا يخيب سعينا ، ولا يضيع عملنا ، وأن يجعلنا من
أهل العلم العاملين به ، وأن يختتم أعمالنا بخير منه وكرمه .

ونختم الكتاب بما بدأنا به ، وهو حمد الله والصلوة على رسوله ،
فنقول : الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لننهضي لو لا أن هدانا الله .

اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كلما ذكره الذاكرون ، وكلما سها عنه الغافلون ، ورضي الله عن أصحابه أجمعين .

قال سيدنا ومولانا وشيخنا الإمام العلامة جمال الإسلام والمسلمين رحمة الله : وقد تنصب من تأليفى هذا من أوله إلى صلاة الخوف في مدة

(١) في أ : كلمة تشبه المجرمية .

آخرها أواخر سنة أربع وأربعين وسبعين ، ثم إلى كتاب الإقرار في مدة آخرها شهر رمضان سنة خمس وأربعين ، ثم إلى كتاب الوديعة في مدة آخرها أثناء تسع وأربعين وبباقي الكتاب في مدة أواخرها قبيل الستين سنة سوی زيادات وقعت بعد ذلك اللهم انفع به واغفر مؤلفه وأحبباه وارحمه رحمة واسعة وأحبباه ، واجعله من خيار أهل العلم ، واحتم له بالخير ، وصلی الله على سيدنا محمد وآلہ ، والحمد لله رب العالمين .

هذا آخر كلام المصنف عفا الله عنه ، وتغمده برحمتك يا أرحم الرحمين ، وحسينا الله ونعم الوكيل .

فهرس الموضوعات

فهرس موضوعات الجزء التاسع

كتاب الصيد والذبائح

٥	والنظر في طرفين:
٥
٥	الأول فيما يفيد الخل وهي أركان الذبح
١٤	النظر الثاني في بيان ما يملك به الصيد.....

كتاب الضحايا والعقيدة

٢١	الشطر الأول: في الأركان.....
٣٣
٣٣	الشطر الثاني: في أحكام الأضحية.....
٥٢	الكلام على العقيقة.....

كتاب الأطعمة

٥٨	الفصل الأول: في حالة الاختيار.....
٦٨
٦٨	الفصل الثاني: في حال الاضطرار.....

كتاب السبق والرمي

٨١	الباب الأول: في المسابقة.....
٩٠
٩٠	الباب الثاني: في الرهن.....

كتاب الأيمان

١٠٣	الباب الأول: في نفس اليمين
-----	----------------------------------

١١٢	فصل: في لغات الباب
١١٣	الباب الثاني في كفارة اليمين
١٢٢	الباب الثالث: فيما يقع به الحث
١٢٢	النوع الأول: الدخول والمساكنة
١٢٨	النوع الثاني: لفظ الأكل والشرب
١٣٦	النوع الثالث: في العقود
١٤٥	النوع الرابع: في الإضافات
١٥١	النوع الخامس: في الكلام
١٥٤	النوع السادس: في تأخير الحث وتقديره
١٥٦	النوع السابع: في الخصومات

كتاب النذر

١٧٧	الطرف الأول: في الأركان
١٨٧	النظر الثاني: في أحكام النذر والملزمات
١٨٧	النوع الأول: الصوم
١٩٧	النوع الثاني: الحج والعمرة
٢٠٠	النوع الثالث: إتيان المسجد
٢٠٤	النوع الرابع: الهدايا والضحايا

مسائل منتورة

٢١١

كتاب القضاء

٢١١	الباب الأول: في التولية والعزل
٢١١	الفصل الأول: في التولية
٢٣٣	الفصل الثاني: في العزل والانعزال
٢٣٩	الباب الثاني: في جامع آداب القضاء
٢٣٩	الفصل الأول: في آداب متفرقة
٢٦٣	الفصل الثاني: في مستند قضائه
٢٧٠	الفصل الثالث: في التسوية
٢٨٤	الباب الثالث: في القضاء على الغائب
٣٠١	الباب الرابع: في القسمة

٣١٩

كتاب الشهادات

٣١٩	الباب الأول: في الصفات المعتبرة في الشاهد
٣٤٨	الباب الثاني: في العدد والذكورة
٣٥٦	الباب الثالث: في مستند علم الشاهد
	فصل: في آداب التحمل والأداب منقولة من مختصر الصيمرى
٣٦٨	الباب الرابع: في الشهد واليمين
٣٦٩	الباب الخامس في الشهادة على الشهادة

الباب السادس: في الرجوع عن الشهادة.....	٣٧٨
كتاب الدعاوى والبيانات	
الركن الأول في الدعواي.....	٣٨٦
الركن الثاني جواب المدعي عليه.....	٣٩٧
الركن الثالث: في اليمين.....	٣٩٩
الركن الرابع: النكول.....	٤٠٨
الركن الخامس: البينة.....	٤١٢
باب في مسائل متثورة.....	٤٢٠
الباب الثاني في دعوى النسب.....	٤٢٥
كتاب التدبير	
كتاب الكتابة	
الحكم الثاني: في الأداء والإيتان.....	٤٩٤
الحكم الثالث: في تصرفات السيد في المكاتب وفي تصرفات	
المكاتب.....	٥٠٦
الحكم الرابع: في ولد المكاتب.....	٥٢٠
الحكم الخامس: في جنائية المكاتب والجنائية عليه.....	٥٢٤
كتاب ، عتق أمهات الأولاد	
تم الكتاب.....	٥٣٢